

Volkmar von Koppenfels

Die Bindung der Staatsanwaltschaft
an die
höchstrichterliche Rechtsprechung

1968

1969

Die Bindung der Staatsanwaltschaft
an die höchstrichterliche Rechtsprechung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaft-
liche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
Münster

vorgelegt von
Volkmar von Koppenfels
aus Berlin-Wilmersdorf
1969

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Wessels
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Lenckner
Dekan: Prof. Dr. Nörr
Tag der mündlichen Prüfung: 24. Mai 1968



<u>Inhaltsübersicht</u>	Seite
<u>Einleitung</u>	1
<u>Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung</u>	
I. <u>Übersicht über den Meinungsstand</u>	8
1. Die ältere Literatur	8
a) Die Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft an die Rechtsprechung gebunden ist	8
b) Die Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft anklagen muß, wenn eine Verurteilung als möglich erscheint	9
c) Die Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft selbständig über Anklage oder Einstel- lung des Verfahrens zu entscheiden hat	10
2. Die Meinungen aus der neueren Zeit	10
a) Die Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft sich nach der höchstrichterlichen Recht- sprechung zu richten hat	10
a1) Begründung dieser Ansicht	11
a2) Unterschiede der Ansichten bezüg- lich des Umfangs der angenommenen Bindung	14
b) Die Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht gebunden ist	16
II. <u>Die Schwerpunkte der Untersuchung</u>	19
III. <u>Das Legalitätsprinzip als Grundlage für eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchst- richterliche Rechtsprechung</u>	20
1. Untersuchung des § 152 Abs. 2 StPO daraufhin, ob die dort geregelte Verfolgungspflicht die Staatsanwaltschaft bei der rechtlichen Be- wertung eines Sachverhalts an die höchst- richterliche Rechtsprechung bindet	20

a) Wortlaut	20
b) Geschichte	21
2. Erläuterung des Begriffes "Bindung" der Staatsanwaltschaft	22
3. Die höchstrichterliche Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht	24
a) Gewohnheitsrecht im Strafrecht als Rechtsquelle	24
b) Begriff des Gewohnheitsrechts	25
c) Uneinigkeit über die Bildung von Gewohnheitsrecht im Strafrecht	25
d) Schwierigkeiten bei der Feststellung, wann eine höchstrichterliche Recht- sprechung zur Bildung von Gewohnheits- recht führt	27
e) Folgerungen, die sich aus den erwähnten Unsicherheitsfaktoren bei der Feststel- lung von Gewohnheitsrecht ergeben	29
4. Die höchstrichterliche Rechtsprechung als Richterrecht	30
a) Die Theorie vom Richterrecht und des- sen Verbindlichkeit	30
b) Eigene Stellungnahme	33
b1) Kritik des Arguments, das Verbot eines Richterrechts folge aus Art. 20 Abs. 3 GG	33
b2) Ablehnung eines verbindlichen Rich- terrechts für den Bereich des Straf- rechts	33
c) Zusammenfassung	35
5. Beschränkung des "Ermessens" der Staatsan- waltschaft durch die höchstrichterliche Rechtsprechung	35
a) Kein Ermessen der Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung zwischen verschie- denen Rechtsansichten	36
b) Keine Einschränkung des Auslegungs- spielraums der Staatsanwaltschaft durch die höchstrichterliche Rechtsprechung	38
c) Zusammenfassung	39

6. Ergebnis der Untersuchung über das Legalitätsprinzip als Grundlage für eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung	39
IV. <u>Das strukturelle Verhältnis und die Funktionsverteilung zwischen der Staatsanwaltschaft und den Gerichten als Grundlage für eine mögliche Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung</u>	40
1. Sinn und Zweck der Einführung der Staatsanwaltschaft in den deutschen Strafprozeß und die sich daraus ergebenden Folgerungen für die Beantwortung der Frage nach der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung	41
2. Die Bedeutung der §§ 141, 150 GVG	45
3. Die sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip ergebenden Folgerungen bezüglich der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gegenüber der Rechtsprechung bei der Rechtsauslegung	47
a) Die Bedeutung der Einordnung der Staatsanwaltschaft in das grundgesetzliche Gewaltenteilungssystem	48
b) Abgrenzung des ^s Begriffs der Rechtsprechung von dem der Verwaltung und Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur vollziehenden Gewalt	52
c) Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung als eine Modifizierung der Gewaltentrennung	59
4. Die Bedeutung der Artikel 92 ff in Verbindung mit Artikel 20 Abs. 2 GG	63
5. Die aus der Entscheidungsverantwortung zu folgernde Selbständigkeit der Staatsanwaltschaft	69

6. Der Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der Objektivität und der Entscheidungsfreiheit der Staatsanwaltschaft	72
7. Die selbständige verfahrensrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Gericht	75
8. Die Fälle des § 207 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 1 und 2 und des § 208 Abs. 2 StPO	79
9. Das Klageerzwingungsverfahren	83
10. Zusammenfassung	90
V. <u>Der die Aufgaben der Staatsanwaltschaft als Ermittlungs- und Verfolgungsbehörde bestimmende Verfolgungszweck und seine Bedeutung für die Abgrenzung der Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung von Rechtsfragen</u>	90
VI. <u>Untersuchung der Vereinbarkeit einer Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstgerichtliche Rechtsprechung mit sonstigen verfassungsrechtlichen Grundsätzen</u>	97
1. Die Bedeutung des Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG	98
2. Die Bedeutung des Artikels 19 Abs. 4 Satz 1 GG	102
a) Untersuchung der Frage, inwieweit dieser Artikel die Zuständigkeit der rechtssprechenden Gewalt regelt	103
b) Untersuchung der Frage, ob dieser Artikel einzelnen Beteiligten des Strafverfahrens irgendeinen Anspruch auf eine rechtliche Entscheidung gewährt	108

3. Die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtseinheit	112
4. Die Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes (Artikel 3 Abs. 1 GG)	119
VII. <u>Allgemeine und rechtspolitische Erwägungen</u> <u>für und gegen eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung</u>	127
1. Zusätzliche Kritik der Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft Anklage erheben muß, wenn eine Verurteilung als möglich erscheint	127
2. Schwierigkeiten der Auslegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Subsumtion des einzelnen Sachverhalts unter diese Rechtsprechung	128
3. Auseinandersetzung mit der Ansicht, daß für die höchstrichterliche Rechtsprechung die Vermutung der Richtigkeit spricht	130
4. Beeinträchtigung der Autorität der Justiz	132
5. Vorrang der verfassungsrechtlichen Grundsätze gegenüber rechtspolitischen Überlegungen	134
6. Die Bedeutung der Staatsanwaltschaft für die Fortentwicklung des Rechts	135
<u>Schluß</u>	137

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	Anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Entscheidungssammlung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen
BK	Bonner Kommentar
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
ca.	circa
DJT	Deutscher Juristentag
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Finarch.	Finanzarchiv
Fußn.	Fußnote
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht und Strafprozeß
GG	Grundgesetz

GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Jg	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RAbgO	Reichsabgabenordnung
Rdn.	Randnummer
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGSt	Entscheidungen des Reichs- gerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichs- gerichts in Zivilsachen
S.	Seite
SchlHanz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VWGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WV	Weimarer Verfassung
ZPO	Zivilprozeßordnung

VIII

ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß- recht

S c h r i f t t u m

Anschütz, Gerhard

Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Auflage 1960 (unveränderter Nachdruck)

Arndt, Adolf

Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 21. April 1959 in NJW 1959, S. 1230 - 1231

Empfiehl es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? Korreferat in Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentag, Band II (Sitzungsberichte), 1954, C 41 - 60

Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz in Festgabe für Carlo Schmid zum 65. Geburtstag, 1962, S. 5 - 32

Richter, Gericht und Rechtsweg in der Reichsverfassung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Trennung von Justiz und Verwaltung in AöR 60, n.F. 21 (1932), S. 183 - 221

Strafgewalt der Finanzämter? Zum Begriff der rechtsprechenden Gewalt in NJW 1959, S. 605 - 608

Umwelt und Recht, 2. Umstrittene Staatsanwaltschaft in NJW 1961, S. 1616 - 1617

Bachof, Otto

Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht in JZ 1955, S. 97 - 102

Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik in SUMMUM IUS SUMMA INIURIA, Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, 1963, S. 41 - 57

Bader, Karl S.

Die Wiederherstellung rechtsstaatlicher Garantien im deutschen Strafprozeß nach 1945 in Strafprozeß und Rechtsstaat zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. H. F. Pfenninger, 1956, S. 1 - 14

- Bader, Karl S Staatsanwalt und Rechtspflege in
JZ 1956, S. 4 - 6
- Barding, Martin Der Vertreter des öffentlichen In-
teresses im Deutschen Verwaltungs-
prozeß in VerwArch. 1959 (50) S.
105 - 164
- Baumann, Jürgen Grenzen der individualen Gerech-
tigkeit im Strafrecht in SUMMUM
IUS SUMMA INIURIA, Individualge-
rechtigkeit und der Schutz allge-
meiner Werte im Rechtsleben, 1963,
S. 117 - 144

Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.
Auflage 1966
- zit. Baumann, Strafrecht -
- Baur, Fritz Der Begriff der Rechtsprechung
und die freiwillige Gerichtsbar-
keit in DtNotZ 1955, S. 507 - 521

Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1.
Buch, Allgemeines Verfahrens-
recht, 1955
- Bennecke - Beling Lehrbuch des Deutschen Reichs-
straßprozeßrechts, 1900
- Bettermann, Karl August Schutz der Grundrechte in der or-
dentlichen Gerichtsbarkeit in
Bettermann-Nipperdey-Scheuner,
Die Grundrechte, Handbuch der
Theorie und Praxis der Grund-
rechte, Dritter Band, 2. Halbband,
1959, S. 779 - 908

Die freiwillige Gerichtsbarkeit im
Spannungsfeld zwischen Verwaltung
und Rechtsprechung in Festschrift
für Friedrich Lent zum 75. Geburts-
tag 6. 1. 1957, 1957, S. 17 - 42

Die Unabhängigkeit der Gerichte
und der gesetzliche Richter in
Bettermann-Nipperdey-Scheuner,
Die Grundrechte, Handbuch der
Theorie und Praxis der Grundrech-
te, Dritter Band, 2. Halbband,
1959, S. 523 - 642

Gericht oder Verwaltungsbehörde,
Rechtsprechung oder Verwaltung,
zum Urteil des BVerwG über Recht-
stellung und Funktion des Deut-
schen Patentamtes in DöV 1959,
S. 761 - 767

- Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt in Evangelisches Staatslexikon, 1966, Spalte 1711 - 1728
- Verwaltungsakt und Richterspruch in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 361 - 389
- Bierling, Rudolf Juristische Prinzipienlehre, vierter Band, 1911, Neudruck 1961
- Binding, Karl Grundriß des Deutschen Strafrechts, 5. Auflage, 1904
- Birkmeyer, Karl Deutsches Strafprozeßrecht mit eingehender Bezugnahme auf die preussischen und bayerischen Ausführungsbestimmungen und unter Berücksichtigung des österreichischen Strafprozeßrechtes, 1898
- Bockelmann, Paul Zur Strafbarkeit der Kuppelei, Bemerkungen zu dem Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 17. Februar 1954 in JR 1954, S. 361 - 364
- Bötticher, Eduard Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? in ZZP 1926 (51), S. 201 - 232
- Bonner Kommentar Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Redaktionelle Bearbeitung K.G. Wernicke, Band 1 und 2, 1954
- Brändl, Franz Einleitung zu I. v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 1957, S. 1 - 52
- Brüggemann, Dieter Gesetzesrecht und Richterrecht in JR 1963, S. 162 - 170
- Die rechtsprechende Gewalt, Wegmarken des Rechtsstaats in Deutschland, Eine Einführung, 1962
- Bruns, Hans-Jürgen Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938
- Burchardi-Klempahn Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet, 3. Auflage, 1967

- Carsten, Ernst Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Reform des Strafprozesses, 1932
- Class, Wilhelm Generalklauseln im Strafrecht in Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 122 - 138
- Coing, Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950
- Dahm, Georg Deutsches Recht, Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts, Eine Einführung, 2. Auflage, 1963
- Danckelmann, Bernhard in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 26. Auflage, 1967, Einleitung, S. 1 - 8
- Denecke, Johannes in Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Band, 1. Teil, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, 11. Auflage, 1959, Einleitung, S. 1 - 18
- Denkschrift des Deutschen Richterbundes zur Frage der Einbeziehung der Staatsanwälte in das Richtergesetz in DRiZ 1955, S. 254 - 256
- Döhring, Erich Die deutsche Staatsanwaltschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung in DRiZ 1958, S. 282 - 287
- Graf zu Dohna, Alexander Das Strafprozeßrecht, 3. Auflage, 1929
- Drost, Heinrich Das Ermessen des Strafrichters, 1930
- Dünnebier, Hans Das wiederholte Anklageerzwingungsverfahren in JR 1959, S. 47 - 49

- Die Bindung der Staatsanwaltschaft ans Gesetz, Bemerkungen zu dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 23. 9. 1960 in JZ 1961, S. 312 - 315
- Ehmke, Horst "Ermessen" und "Unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 230/231, 1960
- Eichenberger, Kurt Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Heft 341, 1960
- Elling, Karl Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland, ein Beitrag zur Geschichte des Strafprozesses, 1911
- Ellwein, Thomas Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 1963
- Engisch, Karl Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953
Einführung in das juristische Denken, 3. Auflage, 1964
Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Auflage, 1963
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 15. Auflage, 1959
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Auflage, 1964
- Eyermann - Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Auflage, 1965
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, 1928
- Floegel Zur Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland in DRiZ 1935 (Jg 27), S. 166 - 171
- Floegel - Hartung Straßenverkehrsrecht, 15. Auflage, 1965

- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 1966 - zit. Forsthoff, Lehrbuch -
- Friesenhan, Ernst Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen in Festschrift Richard Thoma zum 75. Geburtstag am 19. Dezember 1949, S. 21 - 69
- Fuhrmann, Hans Die Stellung der Staatsanwaltschaft im System der Gewaltenteilung in JR 1964, S. 418 - 420
- Geiger, Willi Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Kommentar, 1952
- Germann, O.A. Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 1965, Richterrecht, S. 227 - 277
- Gernhuber, Joachim Die Billigkeit und ihr Preis in SUMMUM IUS SUMMA INIURIA, Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, 1963, S. 205 - 223
- Glaser, Julius Handbuch des Strafprozesses, Erster Band, 1883
- Göbel, Oswald Anklagezwang und Gewaltentrennung in NJW 1961, S. 856 - 858
- Görcke, Hans-Helmuth Weisungsgebundenheit und Grundgesetz (Ein Beitrag zur Neuordnung des Staatsanwaltsrechts) in ZStrW (1961), 73, S. 561 - 613
- Gossrau, Eberhard Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art. 92 GG vereinbar? in NJW 1958, S. 929 - 932
- Graßhoff, Richard Betrachtungen über das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Festschrift für Hermann Oberneck zu seinem 75. Geburtstag, S. 20 - 33

- Hahn, C. Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Erste Abtheilung, 1880
- Hall, Alfred-Hupe, Erich Die Wiederholung des Klageerzwingungsverfahrens in JZ 1961, S. 360 - 364
- Hemann, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Auflage, 1961
- Hanack, Ernst-Walter Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962
- Hardwig, Werner Die Wiederholung von Klageerzwingungsverfahren in GA 1959, S. 229 - 238
- Henkel, Heinrich Strafverfahrensrecht, Ein Lehrbuch, 1953
- Herrmann, Horst Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchstgerichtliche Rechtsprechung gebunden? Referat, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Band II D, Strafrechtliche Abteilung, 1965, D 41 ff.
- zit. Herrmann, Referat -
- Frhr. von der Heydte, Friedrich August, Verdross, Alfred Rechts- und Staatsphilosophie in Staatslexikon, 6. Band, 6. Auflage, 1961, Sp. 705 - 727
- von Hippel, Robert Der Deutsche Strafprozeß, 1941
- Hofmeister Die Stellung des Staatsanwalts, Aus einer Ansprache des Justizministers bei der Einführung des neuen Oberstaatsanwalts in Stade am 29. März 1958 in DRiZ 1958, S. 189 - 191; z. Teil ausführlicher wiedergegeben in NdsRpfl 1958, S. 61 ff.
- Huber, Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, zweiter Band, 2. Auflage, 1954

- van Husen, Paulus Die Entfesselung der Dritten Gewalt in AöR 78 (1952/53), S. 49 - 62
- Imboden, Max Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung in Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V., Berlin, Heft 1, 1959
- Ipsen, Hans Peter Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen, Referat, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), 1954
Gleichheit, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Zweiter Band, 1954, S. 111 - 198
- Jagusch, Heinrich in Leipziger Kommentar zum Strafbgesetzbuch, Erster Band, Einleitung und §§ 1 - 152, 8. Auflage, 1957, Erläuterungen zu § 2
- Jahrreiß, Hermann Demokratischer Rechtsstaat und Rechtsprechung, Der Rechtsstaat des Bonner Grundgesetzes in Recht, Staat, Wirtschaft, zweiter Band, 1950, S. 203 - 219
Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, Referat, in Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, 1950, S. 26 - 45
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 1960, (unveränderlicher Nachdruck)
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1950
- Jesch, Dietrich Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht in AöR 1957 (82), S. 163 - 249
- Jescheck, Hans-Heinrich Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis in Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft, Heft 16, 1964

- Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten in MDR 1954, S. 645 - 649
- John, Richard Ed. Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band 2, 1888
- Kaufmann, Armin Schulfähigkeit und Verbotsirrtum, zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs 1960 in Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 319 - 332
- Kern, Eduard Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. 3. 1956 in JZ 1956, S. 409 - 412
Der gesetzliche Richter, 1927
Gerichtsverfassungsrecht, Ein Studienbuch, 4. Auflage, 1965
Rechtspflege, Grundsätzliches und Übersicht in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, zweiter Band, 1932, S. 475 - 495
Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch, 8. Auflage, 1967
- zit. Kern, Strafverfahrensrecht -
- Klein, Friedrich Steuerwesen und Rechtsordnung in FinArch 14 (1953/54), S. 1 - 20
Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, Bericht in VVDStRL H 8 (1950), S. 67 - 125
- Kleinknecht Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 17. März 1952 in JZ 1952, S. 489 (490)
- Kleinknecht - Müller Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 5. Auflage, 1963
- zit. Kleinknecht-Müller (KMR) -
- Kohlhaas, Max Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchstgerichtliche Rechtsprechung gebunden? in DRiZ 1964, S. 286 - 290
Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, 1963

- Kohlrausch - Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Auflage, 1961
- Kriele, Martin Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 1967
- von Kries, August Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892
- Lackner - Maassen Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 4. Auflage, 1967
- Larenz, Karl Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs, zur Frage der Durchführung der Wandlung in NJW 1951, S. 497 - 500
Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960
Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung, Eine rechtsmethodologische Untersuchung in Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S. 275 - 305
- Lechner, Hans Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1954
- Lehmann / Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, 1966
- Leibholz / Rinck Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1966
- Lent - Habscheid Freiwillige Gerichtsbarkeit, Ein Studienbuch, 4. Auflage, 1962
- Lerche, Peter Ermessen in Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, Dritter Band, 1959, Sp. 12 - 17
- Less, Günter Von Wesen und Wert des Richterrechts, Eine rechtsanalytische und -kritische Studie, 1954
- Leverenz, Bernhard Die heutige Situation der Staatsanwaltschaft, aus der Rede, gehalten anlässlich der Amtseinführung des Oberstaatsanwalts Gebühr in Itzehoe am 12. August 1963, in SchlHanz 1963, S. 177 - 179

- Über die Weisungsgebundenheit der
Staatsanwaltschaft in SchlHAnz
1961, S. 36 - 40
- Löwe, F. Die Strafprozeßordnung für das
Deutsche Reich, 6. Auflage, 1890
- Löwe - Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das
Gerichtsverfassungsgesetz mit
Nebengesetzen, 21. Auflage, Er-
ster Band, Einleitung, §§ 1 -
373a StPO, Zweiter Band, §§ 374
- 474a StPO, EGStPO, Gerichts-
verfassungsgesetz, EGGVG und Ne-
bengesetze, 1965, Ergänzungsband
und Gesamtregister, 1967
- Loewenstein, Karl Verfassungslehre, 1959
- Lüttger Der "genügende Anlaß" zur Erhe-
bung der öffentlichen Klage in
GA 1957, S. 193 - 218
- von Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz, 1953
- von Mangoldt - Klein Das Bonner Grundgesetz, Band I,
Einleitung, Artikel 1 - 28, 2.
Auflage 1957, Band II, Artikel
29 - 78, 2. Auflage, 1964
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht, Ein Stu-
dienbuch, 14. Auflage, 1965,
- zit. Maunz, Staatsrecht -
- Maunz - Dürig Grundgesetz, Kommentar, 2. Auf-
lage, 1966
- Maurach, Reinhart Deutsches Strafrecht, Allgemei-
ner Teil, Ein Lehrbuch, 3. Auf-
lage, 1965,
- zit. Maurach, Allgemeiner Teil -
- Menger, Christian-Friedrich
System des verwaltungsgerichtli-
chen Rechtsschutzes, Eine verwal-
tungsrechtliche und prozeßver-
gleichende Studie, 1954
- Merk, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht,
Erster Band, 1962
- Messerer Zum Begriff "Rechtsprechung"
und "Richter" in DRiZ 1954, S.
209 - 210

- Mezger, Edmund Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände in Festschrift für Ludwig Traeger zum 70. Geburtstag am 10. Juni 1926, 1926, S. 187 - 230
- Mezger - Blei Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 11. Auflage, - zit. Mezger-Blei, Strafrecht -
- Mittermaier, C.I. Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, 1845
- Möllinger, Otto Gerichtsbarkeit bei Steuerdelikten in AöR 80 (1955/56), S. 276 - 306
- Mokre, Hans Theorie des Gewohnheitsrechts, Problementwicklung und System, 1932
- Müller-Tochtermann Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung in DRiZ 1956, S. 4 - 7
- Müller - Sax Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, Band 1 und 2, 6. Auflage, 1966 - zit. Müller-Sax (KMR) -
- Münzel, Karl Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung in ZZP 1953 (66), S. 334 - 386
- Nawiaski, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Auflage, 1948
- Neumann-Duesberg, Horst Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB in JZ 1952, S. 705 - 711
- Neumayer, Fritz Stellung und Bedeutung der Staatsanwaltschaft, Auszug aus einer Ansprache des Bundesministers der Justiz anlässlich der Amtseinführung des Oberbundesanwalts Güde am 26. 4. 1951 in Karlsruhe in DRiZ 1956, S. 132 - 133

- Niese, Werner Das Steuerstraßverfahren in
ZStrW 70 (1958), S. 337 - 359
Die Anklageerzwingung im Ver-
hältnis zum Legalitäts- und Op-
portunitätsprinzip in SJZ 1950
(Jg 5), Sp. 890 - 899
- Nowakowski, Friedrich Ist die Staatsanwaltschaft an die
ständige oder gefestigte höchst-
richterliche Rechtsprechung gebun-
den? Gutachten, Verhandlungen des
45. Deutschen Juristentages, Band
I, Teil 2, 1964
- Nüse, Karl-Heinz Zur Bindung der Staatsanwalt-
schaft an die höchstrichterliche
Rechtsprechung in JR 1964, S. 281
- 286
- Oehler, Dietrich Der gesetzliche Richter und die
Zuständigkeit in Strafsachen in
ZStrW 64 (1952), S. 292 - 305
- Olbricht Konflikt zwischen der Strafkam-
mer und der Staatsanwaltschaft
bei der Entscheidung über die
Eröffnung des Hauptverfahrens in
GA 1908 (55), S. 206 - 214
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, 1949
- Peters, Karl Die Parallelität von Prozeß- und
Sachentscheidungen in ZStrW 68
(1956), S. 374 - 398
Strafprozeß, Ein Lehrbuch, 2.
Auflage, 1966
- zit. Peters, Strafprozeß -
- Peters / Lang-Hinrichsen Grundfragen der Strafrechtsre-
form, 1959
- Pohle, Rudolf in Stein-Jonas-Schönke-Pohle,
Kommentar zur Zivilprozeßord-
nung, 19. Auflage, 1964, Ein-
leitung, S. 3 - 66
- Radbruch, Gustav Einführung in die Rechtswissen-
schaft, 11. Auflage, 1964
Rechtsphilosophie, 6. Auflage,
1963

- Rehfeldt, Bernhard Einführung in die Rechtswissenschaft, Grundfragen, Grundgedanken und Zusammenhänge, 2. Auflage, 1966
- Reuss, Hermann Vom Wesen des Richters in DVBl 1955, S. 311 - 313
- Rosenfeld, Heinrich Der Reichsstrafprozeß, 4. und 5. Auflage, 1912
- Rumpf, Helmut Verwaltung und Verwaltungsrechtssprechung in VVDStL Heft 14, 1956, S. 136 - 171
- Sarstedt, Werner Gebundene Staatsanwaltschaft in NJW 1964, S. 1752 - 1758
- Sax, Walter Grundsätze der Strafrechtspflege in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Dritter Band, 2. Halbband, 1959, S. 909 - 1014
- Schäfer, Karl in Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Auflage, 1961, Erläuterungen zu § 2
- Scheuner, Ulrich Der Bereich der Regierung in Festschrift für Rudolf Smend zum 70. Geburtstag, 15. Januar 1952, 1952, S. 253 - 301
- Schmidt, Eberhard Die Rechtsstellung der Staatsanwälte im Rahmen der rechtsprechenden Gewalt und ihre Einbeziehung in das Richtergesetz in DRiZ 1957, S. 273 - 283
- Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage, 1965
- Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Auflage, 1964, Teil II, Erläuterungen zur Strafprozeßordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung, 1957, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, 1967 - zit. Eb.Schmidt, Lehrkommentar -

Probleme der richterlichen Verantwortung, Vortrag, gehalten auf dem Deutschen Richtertag in Kassel am 18. Oktober 1963 in DRiZ 1963, S. 376 - 384

Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip in MDR 1961, S. 269 - 274

Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde in MDR 1964, S. 629 - 633 und S. 713 - 718

Schmitt, Carl

Der Hüter der Verfassung, 1931

Verfassungslehre, 1954 (unveränderter Nachdruck)

Schneider, Fritz

Das Amt des Staatsanwalts in DRiZ 1964, S. 153 - 154

Schönke, Adolf

Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht in MDR 1947, S. 85 - 90

Schönke - Schröder

Strafgesetzbuch, Kommentar, 13. Auflage, 1967

Schönke - Schröder - Niese

Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, 1956

Schröder, Horst

Gesetzliche und richterliche Strafzumessung in Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 415 - 428

Gesetz und Richter im Strafrecht; Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft, Neue Folge, Nr. 4, 1953

In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrechtlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstigen Unrechtsfolgen), Gutachten, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, 1955, Band I, 2. Halbband, S. 57 - 99

Schultz, Günther

Rundschau, Blick in die Zeit in MDR 1961, S. 108 - 110

- Schwalm, Georg Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige und gefestigte höchst-richterliche Rechtsprechung gebunden? Referat, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Band II D, Strafrechtliche Abteilung, 1965, D 7 ff.
- Schwarz - Dreher Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 29. Auflage, 1967
- Schwarz-Kleinknecht Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 27. Auflage, 1967
- Siegert, Karl Sachliche Unabhängigkeit des Staatsanwalts? in DRiZ 1956, S. 224 - 227
- Stenglein, M. Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 und dem Einführungsgesetz zu beiden Gesetzen, 3. Auflage, 1898
- Strauss, Walter Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz in SJZ 1949 (Jg 4), Sp. 523 - 532
- Stree, Walter In dubio pro reo, 1962
- Thierfelder, Hans Anmerkung zum Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 26. Mai 1961 in NJW 1962, S. 116
- Thoma, Richard Die Funktionen der Staatsgewalt, Grundbegriffe und Grundsätze, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, zweiter Band, 1932, S. 108 - 159
- Tietgen, Walter Rechtsschutz gegen Justizverwaltungsakte in NJW 1956, S. 1129 - 1134
- Traub, Fritz Anklagemonopol und Anklagezwang der Staatsanwaltschaft - Rezension der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. September 1960 - BGHSt 15, 155

- von Turegg, E. Gerichte in NJW 1953, S. 1201
- 1204
- von Turegg - Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
4. Auflage, 1962
- Ule, Carl Hermann Anmerkungen zum Urteil des Bundes-
verwaltungsgerichts vom 19. Februar
1957 in JZ 1958, S. 628 - 630
- Besprechung: Christian Friedrich
Menger, System des verwaltungsge-
richtlichen Rechtsschutzes. Eine
verwaltungsgerichtliche und pro-
zeßvergleichende Studie in AöR 80
(1955/56), S. 245 - 249
- Verfassungsrecht und Verwaltungs-
prozeßrecht in DVBl 1959, S. 537
- 545
- Zur Anwendung unbestimmter Rechts-
begriffe im Verwaltungsrecht in
Gedächtnisschrift für Walter Jel-
linek, 1955, S. 309 - 330
- Wagner, Walter Zum Legalitätsprinzip, Eine Stu-
die in Festschrift für den 45.
Deutschen Juristentag, 1964, S.
149 - 176
- Zur Weisungsgebundenheit der
Staatsanwälte in NJW 1963, S.
8 - 11
- Warda, Günter Dogmatische Grundlagen des rich-
terlichen Ermessens im Straf-
recht, 1962
- Welzel, Hans Das Deutsche Strafrecht, Eine
systematische Darstellung, 9. Auf-
lage, 1965
- Wieacker, Franz Gesetz und Richterkunst, zum Prob-
lem der außergesetzlichen Rechts-
ordnung in Juristische Studienge-
sellschaft Karlsruhe, Schriften-
reihe, Heft 34, 1958
- Woesner, Horst Rechtsstaatliches Verfahren in
Staatsschutzsachen in NJW 1961,
S. 533 - 537
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch,
Band I, 6. Auflage, 1965, Band II,
1962
- zit. Wolff I bzw. II -

Äußerungen der Teilnehmer des 45. Deutschen Juristentages im Rahmen der Diskussion werden mit dem Namen des Teilnehmers und dem Wort "Diskussion" zitiert.

Beispiel: Lüttger, Diskussion D . . .

Einleitung

Die Strafrechtspflege ist Ausfluß der Staatsgewalt und folgt aus dem Justizmonopol des Staates. Ihr oberstes Ziel muß in einem Rechtsstaat die Wahrung des Rechts und das Streben nach Gerechtigkeit sein. Das geeignete Mittel, dies zu erreichen, ist seit jeher die prozessuale Form eines formstrengen Verfahrens. Zur Verwirklichung des materiellen Strafrechts und zur Durchsetzung der Strafdrohung im Einzelfall sieht unsere Rechtsordnung daher das Strafverfahren vor. Seine Durchführung ist zwei staatlichen Organen übertragen, dem entscheidenden Gericht und einem nicht-richterlichen Strafverfolgungsorgan, der Staatsanwaltschaft. Der Staatsanwaltschaft ist die Aufgabe anvertraut, die Ermittlungen zu führen und unter bestimmten Voraussetzungen die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens herbeizuführen. Sie allein kann die öffentliche Klage erheben (§ 152 Abs. 1 StPO - Anklagemonopol). Ihre Tätigkeit unterliegt grundsätzlich dem Legalitätsprinzip: Die Staatsanwaltschaft hat, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen (§ 152 Abs. 2 StPO).

Ist damit eindeutig ein Zwang zum Tätigwerden normiert, so scheint die zitierte Bestimmung jedoch nichts darüber auszusagen, inwieweit die Staatsanwaltschaft auch in der rechtlichen Bewertung eines ermittelten Sachverhaltes einer Bindung unterliegt. Es besteht nämlich die Möglichkeit, daß die Staatsanwaltschaft eine andere Rechtsansicht als die herrschende Meinung oder die höchstrichterliche Rechtsprechung vertritt; denn das materielle Strafrecht kann nicht ohne mehr oder weniger abstrakte und infolgedessen zuweilen unbestimmte Formulierungen und Begriffe auskommen, da der Gesetzgeber nicht alle in Gegenwart und Zukunft möglichen Lebenssituationen zu übersehen und angemessen zu

berücksichtigen vermag. Die somit zwangsläufig auftretenden Auslegungszweifel können zu unterschiedlichen Rechtsauffassungen führen. Man denke zum Beispiel an die schwer zu entscheidende Frage, wann der Zustand der Fahruntüchtigkeit gem. § 316 StGB erreicht ist. Nicht einfach ist auch die Feststellung zu treffen, ob sich jemand nach einem Verkehrsunfall der Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs oder der Art seiner Beteiligung an dem Unfall vorsätzlich durch Flucht entzogen hat, obwohl nach den Umständen in Frage kam, daß sein Verhalten zur Verursachung des Unfalls beigetragen hat (§ 142 StGB). Selbst die Auslegung von Grundbegriffen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches wie Vorsatz und Fahrlässigkeit oder Täterschaft und Beihilfe und die Behandlung des Irrtums bereiten heute noch große Schwierigkeiten. Die Entscheidung über solche Zweifelsfragen ist Teil der von dem einzelnen Organ im Hinblick auf den zu bewältigenden Lebenssachverhalt anzustellenden rechtlichen Bewertung. Grundsätzlich ist diese Bewertung zwar Sache des Organs, das sie vorzunehmen hat, sofern eine Rechtsnorm ihm hierfür nicht eine bestimmte Verhaltensweise vorschreibt. In Strafsachen ergibt sich jedoch die Besonderheit, daß es sich bei der Staatsanwaltschaft um ein Justizorgan handelt, welches in einer der Tätigkeit anderer Behörden nicht unmittelbar vergleichbaren Weise mit den Gerichten zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches zusammen arbeitet. Den Gerichten kommt aber nach dem Grundgesetz (vgl. Art. 92 ff GG) gerade die Aufgabe zu, über Strafbarkeit und Strafverfolgung nach den Gesetzen zu entscheiden. Gilt dies zwar ohne Einschränkung für jedes Gericht und jeden Richter, so wird doch der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte naturgemäß eine besondere Autorität beigemessen. Das stellt uns vor die Frage, ob und inwieweit eine solche höchstrichterliche Rechtsprechung den Inhalt des Strafgesetzes der Staatsanwaltschaft gegenüber verbindlich interpretieren kann.

Diese Frage ist nicht nur theoretischer Natur. So hat der Generalstaatsanwalt Ernst Buchholz aus Hamburg in der Diskussion auf dem 45. Deutschen Juristentag ¹⁾ berichtet, daß es in seinem Bereich Fälle gegeben habe, in denen die Staatsanwaltschaft bei ihrer Entscheidung von einer gefestigten Rechtsprechung unserer höchsten Gerichte abgewichen sei. Er erwähnte zwei Fälle aus seiner Praxis, in denen er zu der Frage, wann Kunst unzüchtig sei (§ 184 StGB), seit 1949 die Ansicht vertreten habe, daß hier entgegen der damaligen ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes als Maßstab nicht das durchschnittliche Moralgefühl des "Normalmenschen", sondern das durchschnittliche Moralgefühl des kunstinteressierten Menschen zugrunde gelegt werden müsse. [...] Bundesrichter Weber hat in derselben Diskussion ²⁾ an eine Verfügung des Reichsjustizministers aus dem Jahre 1937 erinnert, wonach im Hinblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Bewertung des Geschlechtsverkehrs unter Verlobten als Unzucht keine Anklagen mehr erhoben werden sollten, damit die Verurteilungen insoweit aufhörten. Ferner hat Nüse ³⁾ darauf hingewiesen, daß der Wechsel der Rechtsprechung des Reichsgerichts in zwei Fällen ganz wesentlich auf die eingehend begründeten Stellungnahmen des Oberreichsanwalts beim Reichsgericht zurückzuführen sei. In einem Fall handele es sich um die Plenarentscheidung zur Alternativschuld-feststellung (RGSt 68, 257) ⁴⁾, im anderen Fall um den Beschluß des Reichsgerichts zu der Frage, welche Strafe bei tateinheitlichem Zusammentreffen verschiedener Straftatbestände ausgeworfen werden soll (RGSt 73, 148) ⁵⁾. Ebenso ist nach Ansicht Nüses die Anerkennung der Schuldtheorie durch den Großen Senat des Bundesgerichtshofes

1) Vgl. Buchholz D 114 f

2) Vgl. Weber D 107

3) Vgl. Nüse, Zur Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung in JR 1964, S. 282

4) Wahlweise Feststellung nicht nur zwischen verschiedenen Ausführungsarten desselben Verbrechens oder Vergehens, sondern auch ausnahmsweise zwischen Diebstahl und Hehlerei zulässig
(Forts. S. 4)

(BGHSt 2, 194) von der sorgfältigen Vorarbeit des Oberbundesanwalts beim Bundesgerichtshof maßgeblich beeinflusst worden.

Dazu, ob die Staatsanwaltschaft sich in den geschilderten Fällen rechtmäßig verhalten hat oder ob sie an die vorliegende höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden war, sind in der Praxis bislang keine Entscheidungen ergangen. Erst der Dritte Strafsenat des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 23. 9. 1960 - = Str 28/60) ¹⁾ hat sich im Rahmen der Entscheidung über eine Staatsschutzsache (§ 92 StGB) veranlaßt gesehen, zur Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung Stellung zu nehmen. Der hier interessierende zweite Leitsatz lautet: "Besteht nach dem Sachverhalt genügender Anhalt dafür, daß der Verdächtige einen gesetzlichen Straftatbestand erfüllt hat und gemäß fester höchstrichterlicher Rechtsprechung verurteilt werden wird, so hat die Polizei einzuschreiten und die Anklagebehörde gemäß dem Legalitätsprinzip Anklage zu erheben, soweit keine gesetzlich ausdrücklich zugelassene Ausnahme vorliegt. Für ein Ermessen der Strafverfolgungsbehörden ist insoweit kein Raum."

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofes hat eine rege Diskussion hervorgerufen; sie hat Zustimmung und Ablehnung gefunden. Auch der 45. Deutsche Juristentag hat sich mit dieser Ansicht auseinandergesetzt, ohne allerdings zu einer Beschlußfassung zu kommen. Demgegenüber hat die ältere Strafprozeßrechtsliteratur das Thema nur vereinzelt und dann auch nur am Rande angeschnitten. Auf Einzelheiten wird insoweit noch zurückzukommen sein. In der gesamten Rechtsprechung findet sich, soweit ersichtlich, mit Ausnahme der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes keine Stellungnahme zu der Frage, ob die Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist.

(Forts. v. S. 3)

- 5) Mindeststrafmaß und die Straftat des milderen Gesetzes müssen eingehalten werden, wenn nach dem strengen Gesetz eine geringere Strafe oder eine leichtere Straftat zulässig ist.
- 1) BGHSt 15 S. 155 ff - NJW 1960 S. 2346 f.

Die folgenden Überlegungen werden sich zunächst mit der dogmatischen Untersuchung der aufgeworfenen Probleme befassen. Die Staatsanwaltschaft ist gemäß Art. 20 Abs. 2 GG an Gesetz und Recht gebunden. Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung wird also einmal davon abhängen, ob es neben dem formellen Recht ein Gewohnheitsrecht oder ein verbindliches Richterrecht gibt, das durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geschaffen wird. Weiterhin stellt sich die Frage, ob nicht die höchstrichterliche Rechtsprechung durch eine bestimmte Vielzahl ihrer Entscheidungen den allgemein gehaltenen Wortlaut strafrechtlicher Tatbestände näher konkretisiert und auf diese Weise den vom Strafgesetzgeber der Auslegung überlassenen Bereich in der einen oder anderen Hinsicht einschränkt. Hat die Rechtsprechung eine solche tatbestandsausfüllende Funktion, so ist zu untersuchen, ob es im Ermessen der Staatsanwaltschaft steht, den von dieser Rechtsprechung entwickelten Auslegungsregeln bzw. Gedanken zu folgen oder davon abzuweichen.

Die Arbeit wird sich aber auch mit der grundlegenden Frage der Funktionenverteilung zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gericht befassen müssen, denn die Staatsanwaltschaft arbeitet einerseits als das neben dem Gericht wichtigste Organ der Strafrechtspflege aufs engste mit diesem zusammen, hat aber andererseits die besondere Aufgabe, Verstöße gegen die Strafgesetze zu verfolgen. Es gilt also zu prüfen, ob dieses Verfolgen als bloßes Zusammentragen und Untersuchen von Tatsachen aufzufassen ist, oder ob die Staatsanwaltschaft darüber hinaus die Pflicht hat, selbständig über die Strafbarkeit des von ihr ermittelten Sachverhalts zu entscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Staatsanwaltschaft in gleichem Maße wie das Gericht zur Objektivität verpflichtet ist. Zugleich wird es darauf ankommen, inwieweit das Ineinandergreifen staatsanwaltlicher und gerichtlicher Tätigkeiten als ein System der gegenseitigen Abhängigkeit im Sinne von Kontrollen verstanden werden muß, oder ob es sich um ein arbeits-

teiliges Zusammenwirken zweier Justizbehörden handelt. Ist die Staatsanwaltschaft nicht nur ein mit Zuträgerfunktionen betrautes Hilfsorgan der Gerichte, sondern hat sie als Verfolgungsbehörde eine eigenständige Verantwortung und unterliegt sie im Rahmen ihrer Tätigkeit keiner Kontrolle durch die Gerichte, so läßt sich daraus schließen, daß sie die Auslegung des Gesetzes ohne Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung vornehmen darf. Ergibt die Untersuchung hingegen, daß die Staatsanwaltschaft ein unselbständiges Organ der Strafrechtspflege ist, das vom Gericht kontrolliert werden kann, so wäre das ein Argument für die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Da die Staatsanwaltschaft Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Strafrechtspflege wahrnimmt, ihre Funktionen also auf die rechtsprechende Gewalt ausgerichtet sind, wird auch das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur Rechtsprechung untersucht werden müssen,; denn die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft ist nicht nur strafverfahrensrechtlich, sondern auch in dem größeren Rahmen der verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung zu sehen. So könnte die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung geboten sein, wenn der Ansicht gefolgt wird, daß gemäß Art. 92 GG Strafbarkeit und Strafverfolgung nur von der Gesetzesanwendung durch unabhängige Gerichte abhängen dürfen. Andererseits ließe sich im Falle der Einordnung der Staatsanwaltschaft in den Bereich der vollziehenden Gewalt aus dem in Art. 20 Abs. 2 GG normierten Gewaltenteilungsprinzip das Argument entnehmen, daß eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung als Verstoß gegen dieses Prinzip verfassungswidrig sei. Infolge des besonderen Verhältnisses der Staatsanwaltschaft zu den Gerichten könnte man jedoch im zweiten Fall auch zu dem Ergebnis kommen, es handle sich bei besagter Bindung nur um eine zulässige Ausnahme von dem Grundsatz der Gewaltenteilung oder gar um dessen Modifizierung. Schließlich wird erörtert werden, ob sich aus der Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) und der Rechtswegga-

rantie (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG), aus dem Grundsatz der Rechtseinheit oder der Gleichbehandlung des Einzelnen vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) Anhaltspunkte für oder gegen die Meinung von der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung ergeben.

Sodann wird sich die Arbeit mit der Frage befassen, ob die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung rechtspolitisch sinnvoll ist. Hier sei einmal auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die sich bei der Auslegung dieser Rechtsprechung ergeben können. Auch stellt sich die Frage, ob für die höchstrichterliche Rechtsprechung grundsätzlich die Vermutung der Richtigkeit spricht; denn nur dann wäre im Interesse der Gerechtigkeit die Bindung der Staatsanwaltschaft an diese Rechtsprechung zu empfehlen. Es gilt schließlich zu untersuchen, ob die Autorität der Justiz in die Gefahr gerät, beeinträchtigt zu werden, wenn die Staatsanwaltschaft von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichen darf. Damit hängt die Frage zusammen, inwieweit derartige Nachteile mit Rücksicht auf verfassungsrechtliche Erwägungen in Kauf genommen werden müssen. Den Schluß der Arbeit werden dann Erörterungen bilden, die sich mit der Bedeutung der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf die Fortentwicklung des Rechts befassen.

Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die
höchstrichterliche Rechtsprechung

I. Übersicht über den Meinungsstand

1. Die ältere Literatur

a) Die ältere Literatur scheint sich überwiegend zu einer Bindung der Staatsanwaltschaft an die Rechtsprechung (der Ausdruck "höchstrichterliche Rechtsprechung" wird allerdings nicht gebraucht) zu bekennen. Diese Ansicht vertreten zumindest Löwe ¹⁾ und v. Kries ²⁾. Aber auch Birkmeyer ³⁾, Stenglein ⁴⁾, Binding ⁵⁾ und Graf zu Dohna ⁶⁾ vertreten im Ergebnis diesen Standpunkt. Sie sind zwar grundsätzlich der Ansicht, die Staatsanwaltschaft entscheide Rechtsfragen selbständig. Birkmeyer, Binding und Graf zu Dohna meinen jedoch, die Staatsanwaltschaft müsse in zweifelhaften Fällen eine Sache vor die Gerichte bringen, und Stenglein hält es für geboten, daß der Staatsanwalt einer herrschenden Rechtsansicht Rechnung zu tragen habe. Zur Begründung wird teilweise entweder auf das Legalitätsprinzip (so Stenglein) oder darauf hingewiesen, daß über die Strafbarkeit der Handlungen letztlich die Gerichte zu entscheiden hätten, denen die Staatsanwaltschaft nicht vorgreifen dürfe (so v. Kries, Birkmeyer und wohl auch Stenglein). Das Unterlassen der Anklageerhebung laufe im praktischen Ergebnis auf Nichtbestrafung hinaus (so v. Kries). Soweit jedoch v. Kries der Ansicht ist, der Staatsanwalt habe sich auf den Boden der durch die Rechtsprechung festgestellten Praxis, im Zweifel aber auf den strengeren, die Strafbarkeit bzw. die schwerere

1) Löwe, Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich mit Kommentar, 6. Aufl. 1890 § 168 Note 5

2) v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozesses, Freiburg 1892 S. 483, 484

3) Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, S. 588, 589

4) Stenglein, Kommentar zur StPO § 168 Anm. 5

5) Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts, S. 191

6) Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, S. 141

Strafbarkeit bejahenden Standpunkt zu stellen, tritt dem Binding entschieden entgegen: Die Staatsanwaltschaft sei vor den Gerichten unabhängig und an Präjudizien glücklicherweise nicht gebunden; sie sei Rechts- und nicht Strafanwaltschaft; ihre Neigung zur Verfolgung auch noch zu steigern, erscheine wenig zeitgemäß; vielmehr habe sie das nobile officium, den ihrer Überzeugung nach Unschuldigen vor Strafe und Strafklage möglichst zu behüten. Auch die Meinung Birkmeyers, in einigermaßen zweifelhaften Fällen gelte immer noch der Grundsatz "in dubio pro duriore" hält Binding für bedenklich. Nur wenn die Staatsanwaltschaft die Frage der Straffälligkeit für wirklich zweifelhaft erachte, sei sie zur Klage verpflichtet. Nach Stenglein dürfe der Staatsanwalt vermöge des Legalitätsprinzips einer herrschenden Rechtsansicht Rechnung zu tragen haben, auch wenn er nicht damit übereinstimme, weil dann die Tat wenigstens für das Gericht präsumtiv als eine strafbare erscheine. Im übrigen sei aber die Beachtung streitiger Rechtsansichten der Diskretion des Staatsanwalts überlassen. Der Staatsanwalt habe also entgegen der Ansicht von Löwe zweifelhafte Rechtsfragen grundsätzlich nicht zur Entscheidung des Gerichts zu bringen.

b) Nach v. Hippel ¹⁾ ist bei zweifelhaften Rechtsfragen ein "genügender Anlaß" zur Erhebung der Anklage dann gegeben, wenn eine Verurteilung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als so ernsthaft möglich erscheint, daß es gerichtlicher Entscheidung bedarf, Rosenfeld ²⁾ fordert eine Anklageerhebung, wenn Aussicht auf Erzielung eines verurteilenden Erkenntnisses vorhanden ist. Die Staatsanwaltschaft habe also die Wahrscheinlichkeit abzuwägen. Aus dem Hinweis des Autors auf Glaser ³⁾ ist zwar zu entnehmen, daß die obenstehenden Ausführungen zunächst dahin zu verstehen sind, der Staatsanwalt solle die Gerichte nicht

1) v. Hippel, Der deutsche Strafprozeß, S. 482 und dort Fußn. 5 i.V. S. 244

2) Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, S. 54

3) Rosenfeld, a.a.O., S. 54 Fußn. 4

mit nutzlosen Anklagen beschäftigen ¹⁾. Man wird aber darüber hinaus annehmen können, daß Rosenfeld ebenso wie v. Hippel (s. o.) auch bei zweifelhaften Rechtsfragen dann eine Anklage für geboten hält, wenn eine Verurteilung durch das Gericht zu erwarten ist.

c) Demgegenüber sind John ²⁾ und Bennecke-Beling ³⁾ der Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft streitige Rechtsfragen selbständig entscheiden dürfe. Urteile der Gerichte seien für die Staatsanwaltschaft zwar eine Quelle der Belehrung, jedoch kein Recht (so John). Die Staatsanwaltschaft sei an die etwa herrschende Ansicht der Wissenschaft oder eine herrschende Praxis, insbesondere an die Reichsgerichtsjudikatur nicht gebunden; ebenso wenig habe sie etwa im Zweifel der härteren Rechtsansicht zu folgen (so Bennecke-Beling).

2. Die Meinungen aus der neueren Zeit

a) Für eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung sind in neuerer Zeit der Dritte Strafsenat des Bundesgerichtshofes in seinem oben erwähnten Urteil ⁴⁾, Burchardi-Klempahn ⁵⁾, Dünnebier ⁶⁾ ,

¹⁾ Vgl. Glaser, Handbuch des Strafprozesses, S. 226

²⁾ John, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Band 2 S. 404

³⁾ Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, S. 273

⁴⁾ BGHSt 15 S. 155 ff - Kern, Strafverfahrensrecht, S. 50, hält die Auffassung des Bundesgerichtshofes für nicht unbedenklich. (Der Bundesgerichtshof hatte in seiner Entscheidung zur Stützung seiner Auffassung auch ihn - wohl die 5. Auflage des Strafverfahrensrechts - angeführt, obwohl dieser an der zitierten Stelle zur Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht Stellung nimmt.) - Offen gelassen wird diese Frage auch von Schultz, Rundschau - Blick in die Zeit, in MDR 1961, S. 108 ff, 109.

⁵⁾ Burchardi-Klempahn, Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet, Rdn. 174

⁶⁾ Dünnebier, Die Bindung der Staatsanwaltschaft ans Gesetz, in JZ 1961, S. 312 ff

Traub ¹⁾, Leverenz ²⁾, Nüse ³⁾, Kohlhaas ⁴⁾, Schäfer ⁵⁾, Sax ⁶⁾ und Woesner ⁷⁾ eingetreten. Auf dem 45. Deutschen Juristentag haben sich ferner Schwalm ⁸⁾ in seinem Referat und Nowakowski ⁹⁾ in seinem Gutachten für eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung ausgesprochen.

a1) Die Vertreter dieser Meinung verweisen zur Begründung in erster Linie auf das Legalitätsprinzip ¹⁰⁾. Die Strafverfolgung von Verbrechen und Vergehen sei, soweit nicht ausdrücklich gesetzliche Ausnahmen bestünden (§ 152 Abs. 2 StPO), gemäß dem Legalitätsgrundsatz gesetzliche Pflicht der zuständigen Behörde. Ob ein Strafgesetz verletzt sei und daher Verfolgungszwang bestehe, hänge von dem Inhalt der Strafgesetze selbst ab. Da diese jedoch kein Eigenleben führten, sei ihre Auslegung und ständige Anwendungspraxis durch die dazu berufenen Gerichte maßgebend, auf welche die Anklagevertretung durch Mitwirkung in der Hauptverhandlung öffentlich Einfluß nehme und zu nehmen habe. Über feste höchststrichterliche Rechtsprechung dürfe sich die Anklagebehörde, auch wenn sie ihr nicht beitrete, nicht hinwegsetzen ¹¹⁾.

-
- 1) Traub, Anklagemonopol und Anklagezwang der Staatsanwaltschaft - Rezension der Entscheidung des BGH vom 23.9.1960 - BGHSt 15, 155 ff - in JuS 1961, S. 256 ff, 258
 - 2) Leverenz, Über die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft, in Schl.Hanz. 1961, S. 36 ff, 38
 - 3) Nüse, Zur Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung, in JR 1964, S. 281 ff
 - 4) Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt S. 90 ff; derselbe, Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchststrichterliche Rechtsprechung gebunden? in DRiZ 1964, S. 286 ff
 - 5) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einleitung S. 120 ff, und noch jüngst vor § 141 GVG Anm. 5a
 - 6) Sax in Müller-Sax (KMR), Einl. 3, S. 32 ff
 - 7) Woesner, Rechtsstaatliche Verfahren in Staatsschutzsachen in NJW 1961 S. 633 ff, S. 535
 - 8) Schwalm, Referat D 7 ff
 - 9) Nowakowski, Gutachten a.a.O.
 - 10) So BGHSt 15 S. 155 ff; Schwalm, Referat D 20 ff; Sax in Müller-Sax (KMR) S. 32 ff; Nüse, Zur Bindung .. in JR 1964, S. 282
 - 11) BGHSt 15 S. 158, 159, so wohl auch Burchardi-Klempahn, Der Staatsanwalt und sein Arbeitsgebiet Rdn. 174; mit Einschränkungen auch Nüse in JR 1964, S. 283, 284

Eine Bindung der Staatsanwaltschaft ergebe sich ferner aus dem Rechtsprechungsmonopol ¹⁾ und dem damit zusammenhängenden Umstand, daß die Staatsanwaltschaft der gerichtlichen Entscheidung nicht vorgreifen dürfe ²⁾. Da der Staatsanwalt weisungsunterworfen sei, hätte ein solches Vorgreifen die unannehmbare Folge, daß Strafbarkeit und Strafverfolgung nicht mehr von der Gesetzesanwendung durch unabhängige Gerichte abhingen, sondern von der Ansicht der dafür unzuständigen Exekutive vom Inhalt der Strafgesetze ³⁾.

Die Staatsanwaltschaft sei im übrigen der Rechtspflege zugeordnet ⁴⁾, sie und das Gericht wirkten in einer spezifischen Weise zusammen, die Aufgabe der Strafrechtspflege zu erfüllen ⁵⁾. Die Aufgabe der Staatsanwaltschaft bestehe darin, durch ihre funktional auf die richterliche Entscheidungstätigkeit bezogene Rechtspflegetätigkeit den Rechtswillen der strafenden Gemeinschaft zur Geltung zu bringen ⁶⁾. Die Prozeßhandlungen des Staatsanwalts richteten sich an das zur Entscheidung berufene Gericht ⁷⁾. Angesichts solcher funktionaler Zuordnung staatsanwaltlicher Ermittlungs- zur richterlichen Entscheidungstätigkeit habe nicht jener, sondern das Gericht den Rechtswillen der Gemeinschaft verbindlich zu formen ⁸⁾.

Außerdem gebiete der Gedanke der Rechtseinheit die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Recht-

1) Vgl. Schwalm, Referat D 24, 26 ff

2) So BGHSt 15 S. 155 ff; Nüse, Zur Bindung ... in JR 1964 S. 282; Nowakowski, Gutachten S. 31 ff; Schwalm, Referat D 26 ff

3) BGHSt 15, 160; ähnlich Nüse, Zur Bindung ... in JR 1964, S. 282, 283; Traub, Anklagemonopol ... in JuS 1961, S. 258

4) So Nüse, Zur Bindung ... in JR 1964, S. 283, siehe auch Nowakowski, Gutachten, S. 37, 38, der von einer Hinordnung auf die Rechtsprechungsfunktion des Gerichts spricht

5) Vgl. Nowakowski, Gutachten, S. 12 ff

6) So Sax in Müller-Sax (KMR) S. 32 f.

7) Vgl. Nowakowski, Gutachten, S. 16

8) So Sax in Müller-Sax (KMR) S. 33, ähnlich Nowakowski, Gutachten, S. 34 ff

sprechung ¹⁾. Sogar der grundsätzlich unabhängige Richter sei aus dem höheren Interesse an einheitlicher Gesetzesauslegung gemäß §§ 136, 120 Abs. 3 121 Abs. 2 GVG (Anrufungs- und Vorlegungspflicht) gebunden. Darin zeige sich die zentrale Bedeutung, die die neuere Gesetzgebung dem Gedanken der Einheitlichkeit der Gesetzesauslegung beimesse. Die Stellung des Staatsanwalts, die er als "Herr" des Vorverfahrens bei seiner dieses Stadium beendenden EntschlieÙung einnehme, könne mit der Stellung des Revisionsgerichts als des letzten Herrn im Hauptverfahren bei der abschließenden Entscheidung verglichen werden. Infolgedessen sei die Staatsanwaltschaft entsprechend den oben genannten Vorschriften als Organ der staatlichen Strafrechtspflege zu ihrem Teil zur Verwirklichung einer einheitlichen Rechtsanwendung verpflichtet ²⁾.

Hinge die Frage, ob ein Verhalten strafbar sei, von der Rechtsansicht der Anklagebehörde ab, so sei auch die Gleichheit vor dem Gesetz in unzulässiger Weise beeinträchtigt ³⁾.

Dünnebier hält die Staatsanwaltschaft bis zur Aufgabe einer festen höchstrichterlichen Rechtsprechung an diese als einen Bestandteil des Strafgesetzes gebunden, es sei denn, daß diese Rechtsprechung nicht mehr verfassungsmäßig sei oder angesichts der fortgeschrittenen Rechtsüberzeugung nicht mehr als Recht verstanden werden könne ⁴⁾.

1) So BGHSt 15, S. 155 ff; Schäfer in Löwe-Rosenberg S. 121 ff; Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt, S. 90 ff; Kohlhaas ist aber andererseits der Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft mit allen Unabhängigkeitsgarantien der rechtsprechenden Gewalt ausgestattet sei (S. 46 ff). Da jedoch die Rechtsprechung ihrerseits nur in Ausnahmefällen (z.B. § 121 GVG; näheres siehe unten!) an höchstrichterliche Entscheidungen gebunden ist, ergibt sich hier ein Widerspruch; denn als gesetzesgleiches Recht will Kohlhaas die höchstrichterliche Rechtsprechung wohl nicht ansehen, da er sonst auch eine Pflicht zur Einlegung von Rechtsmitteln fordern müßte. Das nimmt er aber nicht an (S.92); Burchardi-Klempahn Rdn. 174; Nüse, Diskussion D 83, befürchtet Rechtsunsicherheit und Rechtungleichheit, wenn die Staatsanwaltschaft frei entscheiden dürfe.

2) So insbesondere Schäfer in Löwe-Rosenberg, S. 121,122; ähnlich Nüse, zur Bindung ..., JR 1964, S. 283; Nowakowski, Gutachten, S. 40
(Forts. S. 14)

a2) Die Vertreter der Auffassung von der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung sind bezüglich des Umfanges dieser Bindung zum Teil recht unterschiedlicher Ansicht. Traub ¹⁾ vertritt die Meinung, daß die Staatsanwaltschaft auch dann Anklage erheben müsse, wenn kontroverse Entscheidungen vorlägen, die nicht erkennen ließen, welche Auffassung das mit der Sache zu befassende Gericht einnehme. Es entstehe für die Staatsanwaltschaft die zusätzliche Aufgabe, dem zuständigen Gericht eine Stellungnahme zu ermöglichen ²⁾. Nach Kohlhaas ³⁾ soll für die Staatsanwaltschaft ein Anklagezwang gegeben sein, wenn einer Grundsatzentscheidung eines Senates des Bundesgerichtshofes, die von mehreren Oberlandesgerichten und im Schrifttum bekämpft wird, zwei weitere Senate beigetreten sind. Demgegenüber soll die Staatsanwaltschaft nach der Ansicht des Dritten Strafsenats des Bundesgerichtshofes ⁴⁾ an vereinzelte, beiläufige oder einander widersprechende höchstrichterliche Entscheidungen nicht gebunden sein, die darin enthaltenen Gedanken bei der Prüfung jedoch berücksichtigen müssen. Auch nach Müller ⁵⁾ besteht für den Staatsanwalt kein Zwang, zur Anklage, wenn nur einzelne richterliche Entscheidungen seiner Ansicht entgegenstehen und er gegen diese klare Rechtsgründe anführen kann.

Nach Ansicht des Dritten Strafsenats des Bundesgerichtshofes, von Burchardi-Klempahn und Nowakowski ⁶⁾ muß der

(Forts. v. S. 13)

- 3) So BGHSt 15, 158; ähnlich Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft ..., S. 90; Nüse, Diskussion D 83
- 4) So Dünnebieber, Die Bindung ... in JZ 1961, S. 312 ff, S. 314
- 1) Traub, Anklagemonopol und Anklagezwang der Staatsanwaltschaft in JuS 1961, S. 259
- 2) Vgl. auch die von Peters, a.a.O. in ZStRW 1956, S. 383 geäußerte Ansicht, ein "hinreichender" Anlaß zur Klageerhebung ... liege auch dann vor, wenn eine vielleicht noch nicht gesicherte höchstrichterliche Rechtsprechung oder aber eine gefestigte instanzgerichtliche Rechtsprechung materiell-rechtliche Entscheidung getroffen habe
- 3) Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft ..., S. 91
- 4) BGHSt 15, S. 158
- 5) Müller in Kleinknecht-Müller (KMR) § 170 Anm. 3a bb
- 6) Vgl. BGHSt 15, S. 158; Burchardi-Klempahn, Der Staatsanwalt.. Rdn. 173; Nowakowski, Gutachten, S. 41

Staatsanwalt hingegen anklagen, wenn eine Verurteilung mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

Schäfer ¹⁾, Müller ²⁾, Sax ³⁾, Traub ⁴⁾, Schwalm ⁵⁾ sowie Nowakowski ⁶⁾ räumen der Staatsanwaltschaft "Anklagefreiheit" (so Schwalm) selbst entgegen einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung ein ⁷⁾. Hingegen gestehen diese Autoren der Staatsanwaltschaft nicht das Recht zu, auch über die Einstellung des Verfahrens unabhängig zu entscheiden, da im Falle der Anklageerhebung den Gerichten nicht vorgegriffen werde, sondern eine erneute gerichtliche Überprüfung der betreffenden Rechtsfragegarantiert werde ⁸⁾. Da dies allerdings für den Beschuldigten sehr nachteilig sein könne, hält Nowakowski die Entscheidung für verantwortungsvoll. Kohlhaas verlangt deswegen eine entsprechende Rücksichtnahme auf den Beschuldigten, der nicht einer zweifelhaften Rechtsfrage wegen ohne dringendes Bedürfnis einem gerichtlichen Verfahren ausgesetzt werden dürfe. Auch Schwalm ⁹⁾ weist darauf hin, daß es hier einer Abwägung des Interesses an der Rechtssicherheit mit dem Interesse des Verletzten und der Allgemeinheit an einer Änderung der Rechtsprechung bedürfe, die sich vor allem auf Grund einer dynamischen Zweckbetrachtung aus Erwägungen der materiellen Gerechtigkeit oder der Kriminalpolitik ergeben könne ¹⁰⁾.

Nüse macht dagegen dem Staatsanwalt für den Fall, daß zwar nicht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wohl aber

1) Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einleitung S. 122

2) Müller in Kleinknecht-Müller (KMR), § 170 Anm. 3a bb

3) Sax in Müller-Sax (KMR), Einleitung S. 33, Formulierung aber etwas unklar

4) Traub, Anklagemonopol und Anklagezwang der Staatsanwaltschaft in JuS 1961 S. 259

5) Schwalm a.a.O., D 30

6) Nowakowski, Gutachten S. 39

7) Nowakowski spricht allerdings entsprechend seiner obigen Ansicht von dem Fall, daß "eine bei Gericht herrschende Rechtsauffassung einen Schuldspruch zunächst nicht wahrscheinlich mache"

8) So Schwalm, Referat D 30 und Müller in Kleinknecht-Müller (KMR) § 170 Anm. 3a bb

9) Kohlhaas in Löwe-Rosenberg, § 170 Anm. 5

10) Schwalm, Referat D 30

nach seiner persönlichen Auffassung eine Straftat vorliegt, die Anklageerhebung zur Pflicht, da er "zur Intention auf Wahrheit und Gerechtigkeit" verpflichtet sei. Die Staatsanwaltschaft sei nicht nur an eine feststehende höchstrichterliche Rechtsprechung, sondern an jede höchstrichterliche Entscheidung gebunden ¹⁾. In der Diskussion auf dem Deutschen Juristentag spricht Nüse dagegen nur noch davon, daß er die Bindung lediglich im Rahmen des § 121 GVG bejahe, insoweit allerdings für jeden Staatsanwalt ²⁾.

Weiterhin beschränken Nowakowski ³⁾ und Kohlhaas ⁴⁾ die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung nur auf die Anklageerhebung, nicht jedoch auf die Einlegung von Rechtsmitteln. Nowakowski räumt allerdings ein, daß der Staatsanwalt zu prüfen habe, ob er nicht um des Interesses an der Einheitlichkeit der Rechtsprechung willen ein Rechtsmittel einbringen solle ⁵⁾.

b) Gegen eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung haben sich insbesondere Lüttger ⁶⁾, Eberhard Schmidt ⁷⁾, Sarstedt ⁸⁾, Peters ⁹⁾, Mül-

1) So Nüse, in JR 1964 S. 284

2) So Nüse, Diskussion D 82

3) Nowakowski, Gutachten D 40

4) Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt S. 92

5) Nowakowski, Gutachten S. 41

6) Lüttger, Der "genügende Anlaß" zur Erhebung der öffentlichen Klage in GA 1957 S. 193 ff; derselbe, Diskussion D 69 ff - Vertrat Lüttger in GA 1957 S. 212 f, 215 noch gewisse Einschränkungen und Kompromisse, so hat er diese später aufgegeben, vgl. Diskussion D 77

7) Eb. Schmidt, Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip in MDR 1961, S. 269 ff; derselbe, Zur Rechtsstellung und Funktion der Staatsanwaltschaft in MDR 1964, S. 629 ff, 713 ff, 718; derselbe in Lehrkommentar Band 1, Göttingen 1964 Rdn. 387 sowie Band 2, Göttingen 1957, § 170 Anm. 20. In der letzten Anmerkung schränkt Schmidt seine Ansicht allerdings noch ein: "Ohne zwingenden Grund wird sich die Staatsanwaltschaft der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht widersetzen." Bei sicher zu erwartender Verurteilung sei anzuklagen, bei zu erwartendem Freispruch lohne sich eine Anklage, wenn eine Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen geboten (Forts. S. 17)

ler 1), Jescheck 2), Schwarz-Kleinknecht 3), sowie auf dem 45. Deutschen Juristentag 1964 in Karlsruhe Hermann 4) und Kleinknecht 5) ausgesprochen 6).

Zur Begründung führen diese Autoren u.a. an, daß Staatsanwaltschaft und Gericht funktionell getrennt seien. Dem Staatsanwalt sei die Verfahrensherrschaft mitsamt dem Recht und der Pflicht zu eigenverantwortlicher Abschlußverfügung übertragen; diese Verfahrensherrschaft nebst dem Recht und der Pflicht zur Entscheidung gehe nur und erst auf Grund einer vom Staatsanwalt erhobenen Anklage auf das (eröffnende

-
- (Forts. v. S. 16)
- erscheine. Zweifelhafte Rechtsfragen werde die Staatsanwaltschaft der Entscheidung des Gerichts anheim geben müssen; "Anklage also geboten, jedenfalls ratsam". - Später (in MDR 1961 S. 272) sagt er bezüglich der rechtlichen Bewertungen der "Tat" - ihre Begehung als nachweisbar unterstellt - hätten also auch die gerichtliche Rechtsauffassung bezüglichen Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zu entfallen (s.a. S. 273). In Band 1 seines Lehrkommentars heißt es: ... Muß sich die Staatsanwaltschaft in solchen Rechtsfragen, in denen es noch keine höchstrichterliche Entscheidung gibt oder in denen die höchstrichterliche Rechtsprechung eine widersprüchliche ist, eine eigene Rechtsauffassung bilden und diese ihren Entscheidungen zugrunde legen, so ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen sie einer sog. "festen" Rechtsprechung gegenüber ihre eigene selbständige Rechtsauffassung soll preisgeben müssen."
- 8) Sarstedt, Gebundene Staatsanwaltschaft ? in NJW 1964, S. 1752 ff
- 9) Peters, Strafprozeß S. 144, 145; anderere Ansicht wohl noch in: Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen in ZStrW 1956, S. 374 ff. S. 383
-
- 1) Müller in Müller-Sax (KMR) § 170 Anm. 2 a bb; anderer Ansicht noch in Kleinknecht-Müller (KMR) § 170 Anm. 3 a bb
- 2) Jescheck, Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis in Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft Heft 16 1964 S. 32
- 3) Schwarz-Kleinknecht, vor § 141 GVG Anm. 5, § 170 Anm. 1 A
- 4) Hermann, Referat D 41 ff
- 5) Kleinknecht, Diskussion D 85 ff
- 6) Gegen eine Bindung wohl auch Arndt, Unrecht und Recht in NJW 1961, S. 1617

und erkennende) Gericht über ¹⁾. Durch eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung werde die funktionelle Trennung zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht aufgehoben und die in § 150 GVG garantierte Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft ²⁾ beeinträchtigt.

Eine Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung widerspreche auch dem Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft ³⁾; denn im Falle einer solchen Bindung trete der Staatsanwalt als Ablieferer, aber nicht mehr als Verfolger auf. Es sei nicht mehr ausschließlich die Staatsanwaltschaft, sondern mittelbar auch das Gericht Initiator des Verfahrens ⁴⁾.

Wer der Auffassung folge, daß die Staatsanwaltschaft nicht zur rechtsprechenden Gewalt, sondern zur vollziehenden Gewalt gehöre, sich zugleich aber zur Bindungsthese bekenne, dem müsse es ernstlich zu denken geben, daß jede Anreicherung der Kompetenzen einer der drei Gewalten - und sei sie auch noch so legal betrieben oder als Gewaltenthemmung aufgezogen - mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung unvereinbar sei ⁵⁾.

Im übrigen führe die Bindungsthese dazu, daß der Richter mittelbar an Aufgaben der Strafverfolgung teilhabe. Dies widerspreche jedoch der vom Grundgesetz garantierten richterlichen Unabhängigkeit, da die in Art. 92 in Verbindung mit Art. 97 GG normierte Unabhängigkeit den Richter nicht nur vor fremden Einflüssen, sondern auch vor sich selbst schützen solle. Die innere Unabhängigkeit,

1) So Lüttger in GA 1957 S. 211, 212, 214; derselbe in Diskussion D 71 f, 75; Herrmann, Referat D 59

2) Müller in Müller-Sax (KMR) § 170 Anm. 2 a bb; anderer Ansicht noch in Kleinknecht-Müller (KMR) § 170 Anm. 3a bb

3) So Herrmann, Referat D 55 ff; wohl ebenso Lüttger, Der "genügende Anlaß", GA 1957, S. 214

4) So Herrmann, Referat D 59

5) So Lüttger, Diskussion D 71

die Unabhängigkeit der Sache gegenüber, bleibe nur gewahrt, solange der Richter unbefangen, unbeteiligt und inaktiv bleibe. Er dürfe also keinerlei Initiative zur Strafverfolgung entwickeln. Der Entzug der Initiative sei ein Pfeiler des Rechtsstaates ¹⁾.

Schließlich, so wird eingewandt, seien die Begriffe "feste" oder "ständige" Rechtsprechung mit Rücksicht auf Art. 103 GG zu unklar und eine solche Rechtsprechung zu schwer erkennbar ²⁾. Es fehle dieser Rechtsprechung auch die Rechtsnormqualität ³⁾. Infolgedessen verstoße eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gegen wichtige Prinzipien des Grundgesetzes.

II. Die sich für die Untersuchung ergebenden Schwerpunkte

Faßt man die für oder gegen die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung vorgebrachten Argumente zusammen, so ergeben sich für die folgende Untersuchung verschiedene Schwerpunkte. Einmal ist zu prüfen, ob sich aus dem Legalitätsprinzip Anhaltspunkte ergeben, die für oder gegen die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung angebracht werden können. Dann ist die Struktur der Staatsanwaltschaft zu untersuchen und dem Sinn und Zweck der Aufteilung der Funktionen im Strafprozeß zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht nachzugehen; denn die Beantwortung der Frage, ob die Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist, hängt nicht zuletzt davon ab, welche Stellung man ihr im Strafverfahren einräumt. Im dritten Teil der Arbeit sind schließlich verschiedene verfassungsrechtliche Grundsätze wie z. B. die

1) Vgl. Herrmann, Referat D 57 ff

2) So Sarstedt, Gebundene Staatsanwaltschaft ? in NJW 1964, S. 1757; Herrmann, Referat D 43 ff

3) So Lüttger, Diskussion D 70; wohl auch Peters, Strafprozeß S. 147

Garantie der rechtsprechenden Gewalt, die Unabhängigkeit des Richters, die Rechtsweggarantie und den Gleichheitsgrundsatz daraufhin zu untersuchen, ob sie etwas für oder gegen die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung aussagen.

III. Das Legalitätsprinzip als Grundlage für eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung

1. Untersuchung des § 152 Abs. 2 StPO daraufhin, ob die dort geregelte Verfolgungspflicht die Staatsanwaltschaft bei der rechtlichen Bewertung eines Sachverhalts an die höchstrichterliche Rechtsprechung bindet.

a) Die Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung steht, wie schon angedeutet, in einem engen Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip. Dieses Prinzip, in § 152 Abs. 2 StPO gesetzlich verankert, besagt, daß die Staatsanwaltschaft, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet ist, gegen alle gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten, sofern ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Der eindeutige, den absoluten Verfolgungszwang postulierende Wortlaut der Vorschrift enthält allerdings keinen Hinweis darauf, welchen Einfluß die höchstrichterliche Rechtsprechung auf die Tätigkeit des Staatsanwalts haben könnte ¹⁾; denn es wird nicht zwischen der Bewertung der Tatsachen auf ihre Beweisbarkeit und der rechtlichen Bewertung dieser Tatsachen unterschieden. Auch weitere, im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip zu sehende Vorschriften wie beispielsweise die §§ 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO helfen nicht wei-

1) Auch Nüse wird dies wohl annehmen, obgleich seine Ausführungen an einer Stelle mißverständlich sind (JR 1964 S. 282 Fußn. 14)

ter. § 160 Abs. 1 StPO spricht von dem "Verdacht einer strafbaren Handlung" und § 170 Abs. 1 StPO von dem "genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage". Beide Formulierungen lassen nicht erkennen, ob der Gesetzgeber hier auch eine Aussage über die von der Staatsanwaltschaft vorzunehmende rechtliche Bewertung machen wollte.

Man kann also das Legalitätsprinzip dahin deuten, daß die Staatsanwaltschaft

- a) unter Zugrundelegung ihrer eigenen rechtlichen Auffassung über die Strafbarkeit
- b) oder aber unter Zugrundelegung der in der höchst-richterlichen Rechtsprechung entwickelten Rechtsanschauung

zum Einschreiten verpflichtet ist.

b) Aus der Vorgeschichte besagter Vorschriften ergibt sich ebenfalls kein Anhaltspunkt dafür, daß über den gewählten gesetzlichen Wortlaut hinaus eine besondere Regelung der von der Staatsanwaltschaft vorzunehmenden rechtlichen Bewertung getroffen werden sollte. Lediglich der Entwurf einer Württembergischen Strafprozeßordnung aus dem Jahre 1830 enthielt eine Bestimmung, daß der Staatsanwalt auf Veranlassung des Gerichts die Anklage auch gegen seine Überzeugung sollte begründen müssen ¹⁾. Im übrigen wurde, sofern überhaupt erwähnt, das Legalitätsprinzip in den deutschen Ländern eingeführt, ohne daß man das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur Rechtsprechung, insbesondere aber die Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung in diesem Zusammenhang behandelte ²⁾.

1) Vgl. Elling, Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland a.a.O., S. 66

2) Vgl. § 57 der Österreichischen Strafprozeßordnung vom 17.1.1850, §§ 2 und 4 des Sächsischen Gesetzes, die Umgestaltung der Untergerichte nebst einigen damit in Verbindung stehenden Bestimmungen, sowie die dem Gerichtsverfahren künftig unterzulegenden Hauptgrundsätze betreffend, vom 23.11.1848 - zitiert nach Elling, Die Einführung ... S.94, § 134 Abs. 2 des Regierungsentwurfs der Deutschen (Forts. S. 22)

2. Erläuterungen des Begriffes der "Bindung" der Staatsanwaltschaft.

Das in § 152 Abs. 2 StPO erwähnte "Einschreiten" zerfällt gemäß §§ 166 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO in die Vor-
nahme von Ermittlungen und in die Erhebung der öffentlichen
Klage ¹⁾. Die "Pflicht zum Einschreiten" umfaßt also
den Ermittlungszwang und den Anklagezwang, somit die ge-
samte Verfolgungstätigkeit der Staatsanwaltschaft ²⁾. Gilt
das Legalitätsprinzip also ohne Zweifel für die Untersu-
chung des Sachverhalts und der sonstigen bedeutsamen Um-
stände (Persönlichkeit des Täters und Umweltverhältnisse)
sowie für die dann zu fassende Entschliebung, entweder die
öffentliche Klage zu erheben oder das Verfahren einzustel-
len, so ist dabei aber noch ganz außer Acht gelassen wor-
den, daß die beiden letzten Entscheidungen erst nach einer
rechtlichen Bewertung der Tatsachen getroffen werden kön-
nen. Die rechtliche Bewertung vollzieht der Staatsanwalt
durch Auslegung des in Frage kommenden Gesetzes und der
Subsumtion des Sachverhalts unter das betreffende Gesetz.
Im Zusammenhang mit dem oben geschilderten Meinungsstreit
interessiert nun die Frage, welchen Einfluß die höchst-
richterliche Rechtsprechung auf die Auslegung des Gesetzes und
die Subsumtion des Sachverhalts unter das Gesetz durch die
Staatsanwaltschaft hat.

Bedeutsam sind die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft
für diese Untersuchung jedoch nur, soweit sie in der Erhe-
bung der öffentlichen Klage oder in der Einstellung des
Verfahrens sowie in der Entscheidung, ein Rechtsmittel ein-
zulegen oder darauf zu verzichten, ihren Niederschlag fin-
den; denn erst in diesen Entscheidungen wird eindeutig und

(Forts. v. S. 21)

Strafprozeßordnung von 1874, zitiert nach Carsten, Die
Geschichte ... a.a.O., S. 65; s.a. Hahn, Materialien
zur StPO 1 Abt. Berlin 1880 S. 710 ff, und Wagner, Zum
Legalitätsprinzip - eine Studie - in Festschrift für
den 45. Deutschen Juristentag S. 149 ff.

1) So Lüttger in GA 1957 S. 193

2) So Lüttger in GA 1957 S. 193

abschließend sichtbar, wie die Staatsanwaltschaft das Gesetz auslegt und wie sie den Sachverhalt unter das Gesetz subsumiert hat. Ist also von der Bindung der Staatsanwaltschaft die Rede, so geht es um die Frage, ob die Staatsanwaltschaft bei einer der oben genannten verfahrensrechtlichen Entscheidungen in der rechtlichen Bewertung der ermittelten Tatsachen gebunden ist.

Eine Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung ist in dreierlei Hinsicht möglich: Einmal können die Entscheidungen die Auslegung selbst vorschreiben, indem sie an Stelle des mehr oder weniger abstrakten gesetzlichen Tatbestandes eine konkreter gefaßte Formulierung als tatbestandsmäßigen Text zur Verfügung stellen. Dann können die Entscheidungen aber auch Fallgruppen bestimmen, die grundsätzlich unter den betreffenden gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren sind. Als letztes bleibt die Möglichkeit, daß die Entscheidungen eine Methode festlegen, nach der der gesetzliche Tatbestand auszulegen ist. Wird daher in unseren Erörterungen von der Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung gesprochen, so ist die Bindung in den drei beschriebenen Formen an die oben näher bezeichnete Rechtsprechung gemeint.

Weiterhin ist eine Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung in unterschiedlicher Weise möglich, je nachdem um welche Entscheidung der Staatsanwaltschaft es sich handelt. Einmal kann die Staatsanwaltschaft zur Erhebung der öffentlichen Klage oder zur Einlegung eines Rechtsmittels nur verpflichtet sein, wenn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung der ermittelte Sachverhalt zur Bejahung der Strafbarkeit führt. Ist dies nicht der Fall, so hat die Staatsanwaltschaft das Recht, selbst zu entscheiden, ob sie anklagen oder ein Rechtsmittel einlegen soll. Das wäre dann eine Bindung nur in positiver Hinsicht.

Daneben ist die zweite Möglichkeit denkbar, daß die

Staatsanwaltschaft sowohl bei der Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage bzw. die Einstellung des Verfahrens als auch bei der Entscheidung über die Einlegung eines Rechtsmittels an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist. Das wäre eine Bindung in positiver und negativer Hinsicht.

Schließlich ist eine Bindung noch in der Weise möglich, daß die Staatsanwaltschaft bei der Frage der Anklageerhebung oder der Rechtsmittelinlegung zu prüfen hat; welche Rechtsansicht das im Einzelfall zuständige Gericht bezüglich der Auslegung des Gesetzes und der Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter das Gesetz vertreten würde, sofern es sich mit dem Fall befaßte.

Im folgenden soll zunächst der Einfachheit halber nur von der oben beschriebenen Bindung in positiver und negativer Hinsicht die Rede sein; denn logisch vorrangig und letztlich entscheidend ist allein die umstrittene Frage, ob sich eine Rechtsgrundlage finden läßt, die ganz allgemein eine Bindung der Staatsanwaltschaft an richterliche Entscheidungen zuläßt. Wenn sich allerdings herausstellen sollte, daß die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung grundsätzlich zu bejahen ist, wird auch die Frage nach der Ausgestaltung dieser Bindung beantwortet werden müssen und auf die oben erläuterten Bindungsmöglichkeiten näher einzugehen sein.

3. Die höchstrichterliche Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht

- a) Die Staatsanwaltschaft ist, ganz unabhängig von der Frage, ob man sie der vollziehenden Gewalt oder der Rechtsprechung zurechnet, gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Ihre Verfolgungspflicht bezieht sich entsprechend dem in § 152 Abs. 2 StPO normierten Legalitätsprinzip nur auf "gerichtlich strafbare und verfolgbare Handlungen". Eine Bindung der Staatsanwaltschaft

an die höchstrichterliche Rechtsprechung ergibt sich daher in allen den Fällen, in denen eine solche Rechtsprechung Gewohnheitsrecht geschaffen hat; denn Gewohnheitsrecht kommt auch im Bereich des Strafrechts als mögliche Rechtsquelle in Betracht ¹⁾.

b) Gewohnheitsrecht ist nach Nipperdey ²⁾ das ungesetzte, durch einen allgemeinen, normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugte Recht ³⁾. Entscheidende Faktoren für die Entstehung von Gewohnheitsrecht sind also ein aus einer allgemeinen Rechtsüberzeugung heraus sich entwickelndes Verhalten und dessen gleichmäßige und allgemeine Übung über einen längeren Zeitraum hinweg ⁴⁾.

c) Rechtsfragen während einer gewissen Dauer in derselben Weise zu be^{antworten} ist gerade das Kennzeichen einer ständigen oder festen höchstrichterlichen Rechtsprechung. Zugleich kann in dieser Rechtsprechung, da es sich um die höchste richterliche, also für die Beantwortung von Rechtsfragen in erster Linie zuständige Autorität handelt, der für den Begriff des Gewohnheitsrechts erforderliche Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft ⁵⁾ zum Ausdruck kommen.

1) Vgl. Mezger-Blei, Strafrecht I S. 21 f; Maurach, Allgemeiner Teil S. 81; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar § 2 Rdn. 24 (S. 60); Jagusch in Leipziger Kommentar § 2 Anm. 2; Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch § 2 Anm. 1 D a; Schwalm, Referat D 12; Sax in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband S. 1002 ff; Dürig in Maunz-Dürig a.a.O., Art. 103 Rdn. 112; - BGHSt 11, 241 ff für das Zuchtigungsrecht; siehe auch OLG Köln in NJW 1951, 974; OLG Braunschweig in NJW 1955, 355; die beiden OLG-Entscheidungen betreffen strafaufhebendes Gewohnheitsrecht

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil a.a.O., S. 261

3) Zustimmung BGH in NJW 1958, 709

4) So ähnlich Wolff I § 25 III a (S. 104, 105); Fortshoff; Lehrbuch S. 139; Brändl in I. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ... 1. Band Allgem. Teil, Einleitung Rdn. 43; siehe auch Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil a.a.O., S. 264 ff; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 269, 270

5) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a.a.O., S. 265 f

Ein Gerichtsgebrauch, d.h. eine von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ständig vertretene und auch von den Untergerichten im allgemeinen befolgte Rechtsansicht, reicht für sich allein gesehen jedoch sicherlich dann nicht aus, wenn er im Schrifttum umstritten ist ¹⁾, und dies ist nicht selten der Fall. Dementsprechend gehen auch die Ansichten über das, was im Strafrecht als Gewohnheitsrecht zu betrachten ist, auseinander.

Dies zeigt sich z.B. in der unterschiedlichen Auswahl der Beispiele, die von den verschiedenen Autoren in der Strafrechtswissenschaft als Gewohnheitsrecht angesehen werden. Wird noch überwiegend die Lehre von Vorsatz, Fahrlässigkeit ²⁾, von der mittelbaren Täterschaft ³⁾ und vom ursächlichen Zusammenhang ⁴⁾ als Beispiel für Gewohnheitsrecht angeführt, so sind die Institute Fortsetzungszusammenhang ⁵⁾, untauglicher Versuch ⁶⁾, Verbotsirrtum ⁷⁾, straflose Vor- und Nachtat ⁸⁾, Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ⁹⁾ sowie die Ausdehnung des § 46 auf Teilnehmer ¹⁰⁾ als Beispiele für Gewohnheitsrecht nur verein-

1) Vgl. Wolff I a.a.O., S. 101

2) So Maurach, Allgemeiner Teil S. 81, 82; Welzel, Deutsches Strafrecht S. 21; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege S. 1003; Schönke a.a.O., S. 86; Jagusch in Leipziger Kommentar § 2 Anm. I 2 b, hinsichtlich des bedingten Vorsatzes

3) So Mezger-Blei, Strafrecht S. 22; Maurach Allgemeiner Teil S. 81; Schönke a.a.O., S. 86; Jagusch in Leipziger Kommentar § 2 Anm. I 2 c

4) So Jagusch in LK § 2 Anm. I 2 c; Maurach AT S. 81, 82; Sax, Grundsätze ... S. 1003; Schönke, a.a.O., S. 86

5) So Mezger-Blei, Strafrecht S. 22; Maurach AT S. 81, 82; Sax Grundsätze S. 1003

6) So Maurach AT S. 81, 82; Sax Grundsätze S. 1003; Schwalm D 13 Fußn. 13

7) So Mezger-Blei Strafrecht S. 22; Maurach AT S. 81, 82; Jagusch in LK § 2 Anm. I 2 c; so auch Dünnebiele a.a.O., JZ 1961, 313, der meint, daß das niemand bezweifeln werde

8) So Maurach, Allgemeiner Teil S. 81, 82; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege S. 1003

9) So Maurach, Allgemeiner Teil S. 81, 82; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege S. 1003

10) So Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege S. 1003

zelt erwähnt. Teilweise wird auch der gewohnheitsrechtliche Charakter der oben erwähnten Institute ausdrücklich bestritten ¹⁾ oder bestimmte Institute, wie z. B. der übergesetzliche Notstand und die unechten Unterlassungsdelikte werden nur einschränkend als Gewohnheitsrecht anerkannt ²⁾.

d) Ganz abgesehen davon, daß verschiedene, oben angeführte umstrittene Punkte, wie z. B. die Lehre vom Verbotsirrtum, noch umstritten sind, zeigen diese Beispiele, daß es sehr schwierig ist, Gewohnheitsrecht im Strafrecht anzuerkennen ³⁾. Hinzu kommt, daß die Rechtsprechung keines-

-
- 1) So Schönke-Schröder § 2 Rdn. 29 bezüglich Kausalzusammenhang, Vorsatz, bedingtem Vorsatz, Fahrlässigkeit, mittelbarer Täterschaft
 - 2) So Schwalm, Referat D 13, Fußn. 13, der nur den übergesetzlichen Notstand bei medizinischer Indikation für die Schwangerschaftsunterbrechung und bei unechten Unterlassungsdelikten als Entstehungsgrund für eine Garantstellung nur das gefahrverursachende Vorverhalten für gewohnheitsrechtlich verbindlich ansieht. Demgegenüber wohl ohne Einschränkung für Gewohnheitsrecht: Jagusch in LK § 2 Anm. I 2 c; Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege S. 1003 (übergesetzlicher Notstand) und Mezger-Blei I S. 22; Maurach AT S. 81, 82; Schönke-Schröder § 2 Rdn. 29; Kohlrausch-Lange § 2 Anm. II; Schönke a.a.O., S. 86 (unechte Unterlassungsdelikte). - Bezüglich des Begriffes "in dubio pro reo" und dessen gewohnheitsrechtlichen Charakter vgl. Stree, In dubio pro reo S. 8, 9. Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung bei Dürig in Maunz-Dürig a.a.O., Art. 103 Rdn. 112 Fußn. 3. Larenz (ihm zustimmend Nowakowski, Gutachten a.a.O., S. 12) bezweifelt bei rein technischen Rechtsfragen wie z. B. der des Wandlungsvollzuges schlechthin den gewohnheitsrechtlichen Charakter, da diese nur einem beschränkten Kreis von Juristen überhaupt bekannt seien und sie damit nicht Ausdruck eines allgemeinen "Rechtsgeltungswillen" sein könnten (vgl. Larenz, Methodenlehre a.a.O., S. 272). Es bleibt allerdings dann die Frage offen, welche Begriffe einen recht technischen Charakter in diesem Sinne haben. Zweifelhaft wäre das z. B. bei der rechtfertigenden Einwilligung und wohl auch bei der Fahrlässigkeit
 - 3) Darauf weist auch Eberhard Schmidt, Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und Legalitätsprinzip in MDR 1961, S. 273 hin

wegs zu verstehen gibt, ob sie bei ihrer jeweiligen Entscheidung die oben angeführten Begriffe als Gewohnheitsrecht anwendet oder ob sie sich auf die zu diesen Begriffen ausgeführten und als richtig anerkannten Erwägungen und Gründe lediglich zur Stützung der eigenen Ansicht beruft, ohne damit solche Begriffe als verbindlich anerkennen zu wollen ¹⁾.

Außerdem ist auf die Schwierigkeit hinzuweisen, daß keineswegs Einigkeit darüber besteht, an welchen Merkmalen eine zum Gewohnheitsrecht erstarkte Rechtsprechung zu erkennen ist. Die Begriffe "gefestigte" bzw. "ständige" Rechtsprechung liegen nicht fest. Dünnebier meint, eine feste höchstrichterliche Rechtsprechung werde in erster Linie das Ergebnis der Übereinstimmung mehrerer Gerichtskörper sein, weil man nur in diesem Fall von der Aufnahme der Norm durch die Gerichte sprechen könne ²⁾. Nach Schwalm kann Gewohnheitsrecht hingegen erst aus einer ständigen Rechtsprechung entstehen ³⁾. Wievieler gleichlautender Entscheidungen eine Rechtsprechung allerdings bedarf, damit man sie als "ständige" bezeichnen kann, bleibt unklar.

Läßt man die Begriffe "ständige" oder "gefestigte" Rechtsprechung einmal unberücksichtigt, da sie von den Autoren eben nicht immer im gleichen Sinne gebraucht werden, und überprüft ganz allgemein die Möglichkeit, wie sich im Zu-

-
- 1) A. A. Nowakowski a.a.O., Gutachten S. 4. Er meint, die Rechtsprechung übernehme diese Begriffe nur, weil sie diese als richtig anerkenne, aber nicht, weil sie diese für verbindlich halte. Da sich die betreffenden Richter m. W. bisher jedoch nicht zu diesem Punkt geäußert haben, scheint mir die Behauptung Nowakowskis eine *petitio principii* zu sein.
 - 2) So Dünnebier, Die Bindung des Staatsanwalts ans Gesetz in JZ 1961, S. 313
 - 3) Schwalm, Referat D 12. - Anders wiederum Nowakowski, der allerdings von der Verbindlichkeit einer Rechtsprechung nur im Rahmen der Frage spricht, worauf der Staatsanwalt seine Verurteilungsprognose zu gründen hat. Er meint, der Staatsanwalt könne seine Entscheidung über Anklage oder Einstellung auch an einer von einem Untergericht ständig geübten Praxis ausrichten, selbst wenn diese gegen die Ansicht der obersten Instanz entscheide (vgl. Nowakowski, Gutachten, S. 42)

sammenhang mit einer Rechtsprechung Gewohnheitsrecht heranzubilden vermag, so stößt man auch hier auf erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Neben der absoluten Dauer kann die Häufigkeit gleichartiger Entscheidungen, vor allem aber deren Qualität und Überzeugungskraft dafür maßgebend sein, ob ein Rechtssatz noch herausgebildet wird, oder ob seine Entwicklung bereits abgeschlossen ist, ob er bereits als Recht gilt. Die Dauer der Rechtsprechung und die Anzahl der Entscheidungen können sogar völlig in den Hintergrund treten, wenn eine Einzelentscheidung nur noch die höchstrichterliche Bestätigung für eine bereits vorhandene Rechtsüberzeugung liefert ¹⁾.

Neben der Dauer der Rechtsprechung kann auch eine Rolle spielen, welche Gerichte die Entscheidungen getroffen haben. Es ist denkbar, daß eine Reihe gleichlautender Urteile unterer Gerichte gerade dem Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft entspricht und eine gewohnheitsrechtliche Bindung erzeugt und nicht ein mit seiner Ansicht alleinstehendes, anderslautendes Urteil des Bundesgerichtshofes. Inwieweit gegenüber einer ständigen Rechtsprechung die ablehnende Haltung des Schrifttums bei der Prüfung, ob Gewohnheitsrecht vorliegt, ins Gewicht fällt, vermag auch nicht allgemein entschieden zu werden.

Alle diese Beispiele zeigen, daß es keine Norm gibt, nach der beurteilt werden könnte, ob eine Praxis einen gewohnheitsrechtlichen Satz entwickelt hat.

e) Es darf also festgehalten werden, daß bei der Beurteilung dessen, was im Strafrecht als Gewohnheitsrecht gilt, größte Unsicherheit herrscht. Larenz rät deshalb auch bei der Annahme, aus einer konstanten Rechtsprechung sei Gewohnheitsrecht entstanden, zur Vorsicht ²⁾. Infolge auseinandergehenden Meinungen muß man von der Vermutung ausgehen, daß es nur sehr wenig ³⁾ durch Rechtspre-

1) Herrmann, Referat D 44

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 271; siehe auch Nowakowski, Gutachten S. 12; Schwalm, Referat D 12

3) Baumann, Strafrecht S. 246 spricht davon, daß die Normen des Strafrechts in den seltensten Fällen durch die minder starken Normen des Gewohnheitsrechts überwunden werden können

ohung begründetes Gewohnheitsrecht gibt.

Eine höchstrichterliche Rechtsprechung kann Gewohnheitsrecht bilden, braucht es aber nicht. Daß sie gewohnheitsrechtliche Bedeutung erlangt hat, wird in den seltensten Fällen vorkommen. Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung wird sich daher nur in Ausnahmefällen damit rechtfertigen lassen, daß diese Rechtsprechung Gewohnheitsrecht ist.

Da somit die Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft zweifelsfrei an die höchstrichterliche Rechtsprechung wegen deren gewohnheitsrechtlicher Geltung gebunden ist, verschwindend gering sein werden, ist zu untersuchen, ob sich nicht für weitere Fälle eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung aus einem anderen Grunde ergibt.

4. Die höchstrichterliche Rechtsprechung als Richterrecht

Zuweilen wird behauptet, daß die Rechtsprechung, soweit sie nicht zu Gewohnheitsrecht erstarkt sei, zumindest als Richterrecht Geltung und verbindliche Wirkung erlangen könne. Somit könnte eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung auch damit begründet werden, daß es sich um verbindliches Richterrecht handelt. Das setzt eine Untersuchung der Theorie vom Richterrecht voraus. Dieses allem Anschein nach nicht ohne weiteres in unser Rechtssystem ¹⁾ hineinpassende Institut des Richterrechts bedarf daher zunächst der näheren Erklärung, wie es entsteht und welche Bedeutung ihm zukommt.

- a) Jedes kodifizierte Rechtssystem besteht aus Rechts-sätzen, die entsprechend dem ihnen innewohnenden Zweck mehr oder weniger abstrakt abgefaßt sind, um denkbar viele Tatbestände zu regeln. Darin liegen zugleich die Schwächen

1) Die Ansicht von einem geschlossenen Rechtssystem wird allerdings abgelehnt von Franz Wieacker, Gesetz und Richterkunst a.a.O., S. 6; ebenso Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie Berlin 1950 S. 234; vgl. auch Brüggemann, a.a.O., S. 163

dieses Systems; denn einmal bedürfen die bestehenden Rechts-sätze wegen ihrer Abstraktheit der Interpretation, der Trans-formierung auf den Einzelfall, zum anderen besteht ein kodifi-ziertes Rechtssystem aus weit mehr Rechtssätzen als den textlich formulierten ¹⁾. Zum dritten vermögen sich die ko-difizierten Rechtssätze im Laufe der Zeit von der objekti-ven Rechtsordnung zu entfernen, weil diese ihre Grundlage im lebendigen Rechtsempfinden sucht, d. h. von der jeweils zu dem betreffenden Zeitpunkt geltenden Rechtsauffassung der Menschen bestimmt wird und deshalb veränderlich ist.

Aufgabe der Rechtsprechung ist es, den "esprit" des Ge-setzes, seine "Leitgedanken", seine spezifischen Wertmaß-stäbe zu entwickeln, Prinzipien zu entdecken, die kein Ge-setzgeber hineingelegt hat, sondern die nach Schaffung des Gesetzes aus einer sich wandelnden Rechtsauffassung hervor-gegangen sind, und an die Stelle veralteter Grundgedanken neue zeitgemäßere Ideen zu setzen ²⁾. Daraus folge, so sagt Esser, eine Funktionseinheit ³⁾ zwischen Rechtssätzen und Prinzipien auf der einen Seite und der Kasuistik auf der anderen Seite in der Weise, daß die Kasuistik erst den Inhalt des Gesetzes bestimme ⁴⁾. Jede Interpretation stel-le eine Verbindung von *lex scripta* und *jus non scriptum* dar, welche die eigentliche positive Norm ("law in action") erst schaffe ⁵⁾. Die Geltung dieser Kasuistik über den kon-kreten Fallentscheid hinaus für das künftige Recht beruhe auf der den Gerichten vom Staate verliehenen institutio-nellen Autorität ⁶⁾.

1) So Esser Grundsatz und Norm a.a.O., S. 94

2) So Esser a.a.O., S. 174

3) So Esser a.a.O., S. 275; an anderer Stelle spricht er von funktionaler "Zweitakt" - Motorik des modernen Ge-setzesrechts S. 287

4) So Esser a.a.O., S. 285

5) So Esser a.a.O., S. 287

6) So Esser a.a.O., S. 281; vgl. auch Germann Probleme und Methoden der Rechtsfindung a.a.O., S. 229, Brüggemann a.a.O., S. 163, 164.

Ähnliche Gedanken finden sich bei Germann (Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 227 ff, 240, 241): Jedem Entscheid liege über den konkreten Fall hinaus eine mehr oder weniger allgemeine Rechtsfrage, eine "ratio deci-dendi", "the essential ground of decision" zu Grunde. Zusammen mit den Tatsachen, die Urteilsgrundlage seien, (Forts. S. 32)

Teilweise räumt man zwar ein, daß diesem "Richterrecht" oder "Gerichtsgebrauch" faktisch Rechtsgeltung zukomme ¹⁾, daß seine normative Bedeutung ... in der Überzeugungskraft der dogmatischen Formulierung liege, welche die Wiederholung verbürge ²⁾, überwiegend wird jedoch angenommen, daß Richterrecht jedenfalls nicht eine gesetzesgleiche Verbindlichkeit erlangen könne ³⁾. Das widerspreche dem Gewaltenteilungsgrundsatz ⁴⁾.

(Forts. v. S. 31)

bildeten sie das Präjudiz. Brüggemann (Gesetzesrecht und Richterrecht, in JR 1963, S. 162 ff, 164, 169) spricht von der Positivität der als Obersatz durch den Richter herausgestellten Norm; Less (Vom Wesen und Wert des Richterrechts, S. 25) nennt das von den Gerichten angewandte "ungesetzte Recht" die synthetische Konstruktion unseres rechtsetzenden Geistes; Esser (Grundsatz ..., S. 151; ihm zustimmend Larenz, Wegweiser ..., S. 279) spricht von einer judiziellen Synthese und nach Wieacker (Gesetz und Richterkunst, S. 7) ist jedes "gesetzanwendende" Urteil zugleich auch schon ein Stück "punktuellder Rechtsfortbildung", Recht im Werden. - Vgl. auch neuerdings Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 258 ff, der für eine sog. "präsumtive Verbindlichkeit" der Präjudizien ist. Die Rechtsgewinnung aus dem sog. Präjudiz vollziehe sich in der Weise, daß eine Normhypothese gebildet werde und diese mit dem Lebenssachverhalt und mit der ratio decidendi verglichen werde (S. 271, 272)

- 1) So Larenz, Derogierende Kraft ..., S. 498; ebenso in Methodenlehre, a.a.O., S. 271
 - 2) So Esser, Grundsatz und Norm, a.a.O., S. 289; ähnlich Brüggemann, Gesetzesrecht ..., S. 165; siehe auch Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, S. 272
 - 3) So wohl Larenz, Derogierende Kraft ..., a.a.O., S. 498; ebenso Methodenlehre, S. 271; auch Germann, Probleme und Methodenlehre der Rechtsfindung, S. 271, 272; Dahm, Deutsches Recht ..., S. 35; Brändl, Einführung, a.a.O., Rdn. 51; s.a. Esser, Grundsatz ..., S. 279 ff, 287, 289; a.A. wohl Less, Vom Wesen ..., a.a.O., S. 59 ff; Brüggemann, Gesetzesrecht ..., S. 165, 'siehe aber auch a.a.O., S. 167, wo er sagt, daß Richterrecht schmiegsam bleibe, weil es immer wieder nachgeprüft und verfeinert werde, oder (S.165) daß es sich auch in dem Bruch mit einer bis dahin etablierten festen Rechtsprechung herausbilden könne. Ganz eindeutig neuerdings Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 275, 276; vgl. auch Pohle in Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar Einleitung C V S. 7; Eb. Schmidt, Zur Rechtsstellung ... in MDR 1964, S. 629 ff, 713 ff, 718; Mezger-Blei, Strafrecht, S. 22; "Richterrecht sei nicht in dem Sinne Rechtsquelle, daß ein Präjudiz, solange sich nicht auf seiner Grundlage Gewohnheitsrecht gebildet habe, Recht erzeugen könne". Aus der Bezugnahme auf das Gewohnheitsrecht ist ersichtlich, daß hier unter dem Begriff Recht gesetzesgleiches Recht verstanden sein soll; Lehmann/Hübner, All-
- (Forts. S. 33)

Gemäß Artikel 20 Abs. 3 GG seiⁿ die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung nur an das Gesetz und Recht gebunden, und Richterrecht falle mangels Verbindlichkeit nicht unter diese Vorschrift ¹⁾.

b) b1) Es ist jedoch die Frage, ob die Behauptung, dem Richterrecht fehle die Verbindlichkeit, schon durch den Hinweis schlüssig ist, dies folge aus Artikel 20 GG, also dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere aber aus der dort normierten Gewaltenteilung. Mit Recht betont Less, daß man allzu leicht einer petitio principii verfällt, wenn man aus der Bindung des Richters an Gesetz und Recht folgert, dieser dürfe seine Entscheidung nicht außerhalb des Gesetzes kraft eigenen Richterrechts suchen ²⁾; denn es soll ja gerade erst geklärt werden, ob solches Richterrecht eben Recht ist. Dies muß um so mehr gelten, als Recht im Sinne des Artikels 20 Abs. 3 GG im Gegensatz zum positiven Recht wohl als materielle Gerechtigkeit, als Wert- oder Rechtsgehalt, den das Gesetz in sich aufnehmen muß, zu verstehen ist ³⁾.

b2) Das Richterrecht stellt vielmehr deshalb kein verbindliches Recht dar, weil es nur Anwendung bereits bestehenden Rechts, nicht Schöpfung neuen Rechts ist. Die Leitgedanken und Wertmaßstäbe einer Rechtsordnung sind nicht nur in den Wertungen zu finden, die historisch den

(Forts. v. S. 32)
gemeiner Teil S. 25; "Gerichtsgebrauch sei allein noch keine objektive Rechtsregel, kein allgemein verbindlicher Rechtssatz. Er dürfe nicht als selbständige Rechtsquelle im förmlichen Sinne neben die Gewohnheit gestellt werden".

4) Vgl. Esser, Grundsatz und Norm ... a.a.O., S. 280: "Gerade vom Verbot, das der kontinentale (speziell französische) Gewaltentrennungsgedanke dem Richter auferlegt, seinen Spruch als objektive, materielle Norm zu formulieren, wird der Unterschied zwischen endgültiger Urteilswirkung (zu ergänzen: im Einzelfall) und nie endgültiger Wirkung des anerkannten Prinzips deutlich".

1) Vgl. Pohle in Stein-Jonas-Schönke-Pohle, a.a.O., S. 7; Lüttger, Diskussion, D 70; Schwalm, Referat, D 15

2) Vgl. Less a.a.O., S. 70

3) Siehe von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz Band 1, 2. Aufl., Art. 20 Anm. VI 4 f

Gesetzen zugrunde lagen, sie lassen sich auch nicht ausschließlich aus der Interessenlage einer Norm ableiten, sondern sie orientieren sich zu einem nicht geringen Teil an einer sich den Zeitläuften, den moralischen, wirtschaftlichen, sozialen und politischen Umwälzungen anpassenden Rechtsidee ¹⁾. Die von dieser Rechtsidee her geprägte Wertordnung ist vorgegeben ²⁾. Es ist u.a. die Aufgabe der Rechtsprechung, den Wandel zu erkennen und das Gesetz entsprechend anzupassen. Ohne Zweifel wird hier mit jeder Entscheidung neues Recht sichtbar ("kasuistische Rechtsfortbildung"), es wird aber nicht neues Recht geschaffen ³⁾. Die Rechtsprechung, der einzelne Richter, ist insoweit nur Sprecher, Interpret der neuen Rechtsvorstellungen. Mit Recht betont Bachof ⁴⁾, daß der Verfassungsrichter Rechtssätze, insbesondere ungeschriebene Rechtssätze aufzufinden, nicht solche Sätze zu erfinden habe ⁵⁾. Die Tätigkeit des Richters ist eine kritische, nicht eine rechtsschöpferische. Er soll nicht Ordnungen aufstellen, sondern er soll sie zu erhalten helfen ⁶⁾. Darum entscheidet der Richter auch immer unter dem Gesichtspunkt des Rechts ("es wird für Recht erkannt"), während der Gesetzgebers weitgehend Zweckmäßigkeitsüberlegungen zu Grunde liegen ⁷⁾. Es ist daher eine die Bedeutung der Rechtsprechung überschätzende Auffassung, will man den Interpretationsvorgang als Integration, d.h. hier als Positivierungsakt begreifen ⁸⁾.

Auch eine wiederholt gleichmäßige Anwendung des Rechts, ist für sich gesehen noch kein Grund, hieraus eine Verbind-

1) Siehe etwa für das Staatsrecht Otto Bachof, Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik in *summum ius summa injuria* a.a.O., S. 41 ff, 45

2) Vgl. Eberhard Schmidt in DRiZ 1963, 380; anderer Ansicht Brüggemann a.a.O., S. 164

3) Siehe dazu Esser, Grundsatz ..., a.a.O., S. 243

4) Bachof, Der Verfassungsrichter ..., a.a.O., S. 46 ff

5) Gegenteiliger Ansicht ist Brüggemann, wenn er sagt, der Richter müsse das Recht nicht entdecken, sondern fortbilden, aaO., S. 164

6) A.A. Brüggemann, a.a.O., S. 164

7) So richtig Larenz, Methodenlehre, a.a.O., S. 191 Fußn. 2, S. 271 Fußn. 2

8) So dagegen Esser, a.a.O., S. 182

lichkeit abzuleiten, abgesehen davon, daß in unserem Rechtssystem die der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt zur Verfügung stehenden Möglichkeiten den Bedarf an Rechtsetzung durchaus befriedigen können.

Die Methodik Essers erweckt den Eindruck, daß hier die Bedeutung der induktiven Entwicklung von Normen aus einer Kasuistik überbewertet wird. Aufbau- und Wertungsprinzipien eines vorgegebenen Rechtssystems, seine Normen und die Kasuistik befinden sich in einem ewigen Spannungsfeld gegenseitiger Korrektur. Es wird mit dem zur Verfügung stehenden Erkenntnismethoden kaum möglich sein, den Ausgangspunkt, die Initialzündung für die Gewinnung einer elementaren Rechtsansicht auszumachen. Immer wird die Frage offen bleiben, ob sich der Richter mehr an dem Gesetz und seiner Zweckrichtung, an den Grundprinzipien des Systems oder an den Besonderheiten des Einzelfalls orientiert hat.

c) Für den Bereich des Strafrechts ist demnach ein verbindliches Richterrecht als Rechtsquelle eigener Art nicht anzuerkennen. In dem sog. Richterrecht kann daher nicht der Grund für eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gesehen werden.

5. Beschränkung des "Ermessens" der Staatsanwaltschaft durch die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Wenn auch die Staatsanwaltschaft lediglich an Gesetz und Recht gebunden ist, so hängt doch deren Verwirklichung nicht nur von den objektiven Voraussetzungen der materiellen und prozessualen Gesetze, sondern gemäß § 152 Abs. 2 StPO auch vom Vorliegen "zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte" ab. Damit dringt in die praktische Verwirklichung des Legalitätsprinzips ein unvermeidlicher Ermessensgesichtspunkt ein ¹⁾. Es ist jedoch die Frage, worauf sich das der Staatsanwaltschaft eingeräumte Ermessen bezieht. Nach der in § 152 Abs. 2 StPO gewählten Formulierung sind bestimmte Handlungen auf das Vorliegen tatsächlicher

1) So Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Rdn. 386

Anhaltspunkte zu untersuchen. Das der Staatsanwaltschaft eingeräumte Ermessen besteht also insoweit darin, daß sie bei der Beurteilung der Frage, ob ein bestimmter tatsächlicher Sachverhalt ein staatsanwaltliches Einschreiten gebietet, einen Spielraum hat.

a) Nun hängt jedoch gerade die Auswahl der Tatsachen, ihre Einstufung als "tatsächliche Anhaltspunkte" davon ab, ob der Staatsanwalt diese Tatsachen strafrechtlich als "tatsächliche Anhaltspunkte" bewertet; denn er soll ja gemäß § 152 Abs. 2 StPO nur wegen der "gerichtlich strafbaren und verfolgbaren" Handlungen einschreiten. Die Strafbarkeit eines Handelns bestimmen die Strafgesetze. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes führen diese jedoch kein Eigenleben. Ihre Auslegung und ständige Anwendung durch die dazu berufenen Gerichte, auf welche die Anklagevertretung durch Mitwirkung in der Hauptverhandlung öffentlich Einfluß nehme und zu nehmen habe, sei maßgebend. Es sei gerade bei der Strafverfolgung von Staatsschutzsachen unerträglich, wenn Ergebnisse höchstrichterlicher Gesetzesanwendung, wonach bestimmtes Verhalten tatbestandsmäßig und daher strafbar sei, beiseitegeschoben, der Legalitätsgrundsatz dadurch durchbrochen und das staatsanwaltliche Anklagemonopol nach abweichendem Ermessen gehandhabt würde ¹⁾. Auch Nüse spricht davon, daß die Grundsätze der Wahrheit und Gerechtigkeit es nicht rechtfertigen, in jedem Fall den Staatsanwalt nach seinem pflichtgemäßen Ermessen darüber entscheiden zu lassen, ob eine Anklage erhoben werden soll oder nicht. Er habe das Legalitätsprinzip in Übereinstimmung nicht nur mit dem gesetzten Recht, sondern auch mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchzuführen ²⁾.

Nach dieser Ansicht hat die Staatsanwaltschaft also nicht die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Rechtsansichten zu wählen, die zu einer zweifelhaften Rechtsfrage bestehen, sondern sie muß sich dann an die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Rechtsansicht halten. Sofern gerade die Ansicht dieser Rechtsprechung

1) So BGHSt 15, 158

2) Nüse a.a.O., JR 1964, S. 282

die objektiv richtige Anwendung des Rechts darstellt, ist die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, dieser Ansicht zu folgen, aus dem Legalitätsprinzip gerechtfertigt. Da die Richtigkeit der Rechtsansicht der Rechtsprechung jedoch niemals festgestellt werden kann, erhebt sich die Frage, ob der Staatsanwaltschaft jeweils ein Ermessen zusteht, der Rechtsprechung zu folgen oder nicht. Wäre dies der Fall, so hätte die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, eine von verschiedenen Rechtsauslegungen einer anderen vorzuziehen. Folgt man nämlich einer weit verbreiteten Ansicht, so erlaubt ein Ermessen demjenigen, dem dieses Ermessen eingeräumt ist, zwischen zwei oder mehr Möglichkeiten des Verhaltens zu wählen ¹⁾. Jedes Verhalten, jede Beurteilung, die sich im Rahmen des Ermessens hält, ist dann durch die zugrundeliegende Norm gedeckt ²⁾. Bei der Auslegung des Rechts ist ein solcher Spielraum jedoch nicht gegeben; denn das Recht im Sinne von gerechter ³⁾, rechtlich zutreffender Entscheidung ist ein absoluter Begriff. Rechtssätze mögen auf Grund bestimmter sozialer oder ethischer Anschauungen von einer bestimmten Gesellschaftsordnung zu bestimmten Zwecken geschaffen, geändert oder ausgelegt werden, also in ihrer Wirksamkeit dem Einfluß verschiedenster Faktoren unterliegen, das, was diese

- 1) Siehe Lerche, "Ermessen" in Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, herausgegeben von der Georgsellschaft, 6. Aufl., S. 12; Neumann-Duesberg, Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff, BGB in JZ 1952, S. 705 ff, S. 705; Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens, S. 11, für das Richterermessen; Forsthoff, Lehrbuch, S. 82; Jesch, a.a.O., S. 204 ff, für das Verwaltungsermessen
- 2) Vgl. Ehmke, "Ermessen" und "Unbestimmter Rechtsbegriffe" im Verwaltungsrecht in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 230/231, S. 23, 24; Engisch, die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 81
- 3) Zum Begriff der Gerechtigkeit und dem damit verbundenen Begriff der Gleichheit siehe auch Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Auflage, Stuttgart 1964, S. 36 ff

Rechtssätze aber zu einem festen Zeitpunkt im Einzelfall aussagen, der konkrete Regelungstatbestand, ist einzig ¹⁾. Demnach kann nur eine Rechtsansicht dem Recht entsprechen. Die Staatsanwaltschaft hat also kein echtes "Wahlrecht" zwischen mehreren Rechtsansichten ²⁾.

b) Man könnte also der Ansicht sein, daß die höchst-
richterliche Rechtsprechung, in ihren Entscheidungen
den mehr oder weniger allgemein gehaltenen Inhalt einer
strafgesetzlichen Regelung näher konkretisiert und die ge-
gebenen Auslegungsmöglichkeiten dahin einschränkt, daß nun-
mehr ein Gesetz nur noch unter Berücksichtigung der von
dieser Rechtsprechung vorgenommenen Inhaltsbestimmung aus-
gelegt werden kann. Als Rechtsgrundlage für einen Vorrang
des Gerichts gegenüber der Staatsanwaltschaft in Bezug
auf die Auslegung des Strafgesetzes käme zunächst Artikel
92 GG in Frage. Der Bundesgerichtshof scheint dies anzu-
nehmen, wenn er von der "Auslegung und ständigen Anwendungs-
praxis durch die dazu berufenen Gerichte" spricht ³⁾, eben-
so das Schrifttum, soweit es ihm in diesem Punkte zu-
stimmt (s.o.). Artikel 92 GG ist seinem Sinn und Zweck
nach jedoch keine Vorschrift, die allgemein die Zuständig-
keit für die Auslegung von strafrechtlichen Vorschriften
einem bestimmten Organ, geschweige denn den obersten Straf-
gerichten überträgt.

1) Für den Strafausspruch ausdrücklich zustimmend Baumann,
Grenzen der individualen Gerichtigkeit im Strafrecht,
S. 136; siehe auch Engisch, Die normativen Tatbestands-
elemente im Strafrecht, S. 152, 153; Warda a.a.O., S.
34 ff; Peters, Lehrbuch der Verwaltung S. 11; Jellinek,
Verwaltungsrecht, S. 31; Enneccerus-Nipperdey, Allge-
meiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, S.
309; a. A. u.a. wohl Drost, Das Ermessen des Strafrich-
ters, S. 13 ff; Bruns, Die Befreiung des Strafrechts
vom zivilistischen Denken, S. 324 ff; Mezger, Vom Sinn
der strafrechtlichen Tatbestände in Festschrift für
Ludwig Traeger, S. 187 ff; Schröder, Gutachten für den
41. DJT, Verhandlungen Band 1, 2. Halbband, S. 62 ff;
derselbe, Gesetz und Richter im Strafrecht, Veröffent-
lichungen der Schl.Holst. Universitätsgesellschaft,
Neue Folge Nr. 4, S. 15

2) So wohl auch BVerfG in BVerfGE 9, S. 223 ff, 229

3) Vgl. BGHSt 15, S. 158

Es wäre noch an eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Vorlegungspflicht (§§ 136, 120 Abs. 3, 121 Abs. 2 GVG) zu denken. Diese Bestimmungen sind indessen nicht sinngemäß auf das Verhältnis zwischen Staatsanwalt und Gericht übertragbar; denn während bei den Bestimmungen über die Vorlagepflicht ein höheres Gericht lediglich dafür sorgen soll, daß ein niedrigeres Gericht seine Rechtsansicht mit anderen Gerichten abstimmt, im übrigen aber die Aufgabe, die Gesamtentscheidung zu treffen, grundsätzlich nicht an sich zieht, soll Sinn und Zweck der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung sein, daß eine Strafsache vor die Gerichte kommt, da diesen allein die Entscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens zustehe. Ist also in einen Falle die Wahrung der Rechtseinheit in der Rechtsprechung einziges Ziel der Regelung, so geht es bei der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung um eine bestimmte Verteilung von Verfahrenszuständigkeiten.

c) Somit läßt sich die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung weder aus einer allgemeinen Befugnis höchster Gerichte herleiten, den Inhalt der Strafgesetze für die Staatsanwaltschaft verbindlich zu interpretieren, noch damit rechtfertigen, daß entsprechend den §§ 136, 120 Abs. 3, 121 Abs. 2 GVG der Auslegungsspielraum der Staatsanwaltschaft eingeschränkt sei.

6. Ergebnis der Erörterungen über das Legalitätsprinzip als Grundlage für eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchungen wird dahin zusammengefaßt, daß sich aus dem Legalitätsprinzip allein kein Anhaltspunkt für eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung ergibt. Eine solche Bindung ist nur in den ganz seltenen Fällen anzunehmen, in denen die höchstrichterliche Rechtsprechung erkennbar

zu Gewohnheitsrecht erstarkt ist. Im übrigen kann die Rechtsprechung, abgesehen von dem Fall des § 31 BVerfGG, im Bereich des Strafrechts keine Geltung als gesetzsgleich oder als für die Staatsanwaltschaft verbindliches Richterrecht beanspruchen. Die bisher angestellte Untersuchung zwingt auch weder zu der Annahme, daß das Legalitätsprinzip in dem Sinne der Bindung der Staatsanwaltschaft an eine höchstrichterliche Rechtsauslegung zu verstehen ist, noch rechtfertigt sie die gegenteilige These, die Staatsanwaltschaft habe wegen des Legalitätsprinzips grundsätzlich ihre eigenen Rechtsauslegung zu folgen. Eine endgültige Antwort in dem einen oder anderen Sinne kann erst gegeben werden, wenn auch die Struktur der Staatsanwaltschaft, ihr Verhältnis zum Gericht und die Funktionszusammenhänge zwischen Staatsanwaltschaften und rechtsprechender Gewalt in die Untersuchung einbezogen werden.

IV. Das strukturelle Verhältnis und die Funktionsverteilung zwischen der Staatsanwaltschaft und den Gerichten als Grundlage für eine mögliche Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung

Wie oben erläutert worden ist, hängt die Feststellung, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte (§ 152 Abs. 2 StPO) vorliegen oder ob die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage bieten (§ 170 StPO), nicht nur von der Klarstellung der tatsächlichen Vorgänge, sondern auch von deren rechtlicher Bewertung ab. Diese rechtliche Bewertung ist grundsätzlich Sache der Staatsanwaltschaft, da die Feststellung der Tatsachen immer nur im Hinblick auf eventuell vorliegende Straftatbestände getroffen werden kann. Jede rechtliche Wertung gerät aber infolge des Abstraktions- und Generalisierungsprinzips der Gesetzgebung und des demgegenüber häufig nicht mit festen Maßstäben meßbaren Lebenssachverhaltes an Grenzen, die zu überschreiten nur bei subjektiver Betrachtungsweise möglich ist. Da liegt es nahe, daß sich verschiedene Meinungen bilden. Unterscheidet sich in einem solchen Falle die Ansicht

des Staatsanwalts von der der Rechtsprechung, so erhebt sich die Frage, ob der Staatsanwalt gezwungen ist, sich bei seiner Tätigkeit unter Hintanstellung seiner eigenen Ansicht nach der Rechtsprechung zu richten; denn die Staatsanwaltschaft hat die Funktion eines "Gesetzeswächters", sie ist Mithüterin des Rechts ¹⁾, das die Gerichte anzuwenden haben; ihre Tätigkeit ist in vielerlei Hinsicht auf die Herbeiführung gerichtlicher Entscheidungen ausgerichtet, wie überhaupt die Staatsanwaltschaft und die Strafgerichte die Strafrechtspflege in wechselseitiger Zusammenarbeit verwirklichen. Es könnte sein, daß sich aus der Funktionsverteilung zwischen Staatsanwaltschaften und Gericht eine Bindung der Staatsanwaltschaften an die höchstrichterliche Rechtsprechung herleiten läßt.

1. Sinn und Zweck der Einführung der Staatsanwaltschaft in den deutschen Strafprozeß und die sich daraus ergebenden Folgerungen für die Beantwortung der Frage nach der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung

Die Aufteilung der Funktionen im deutschen Strafprozeß auf zwei verschiedene Organe wurde erst im 19. Jahrhundert eingeführt. Zuvor gab es in Deutschland den Inquisitionsprozeß. Infolge seiner insbesondere auf einseitiger und ungerechter Verfahrensführung beruhenden Mängel, war man zu der Überzeugung gelangt, daß niemand in einer Person die Strafverfolgung betreiben und Richter sein solle. Auch die von der geistigen Aufklärung herrührende Tendenz, die Institutionen des absolutistischen Machtstaates abzubauen und durch solche eines liberal-konstitutionellen Rechtsstaates zu ersetzen, ließen eine Reform des Strafverfahrens als notwendig erscheinen. Infolgedessen nahm man die Verfolgungsfunktionen aus dem Zuständigkeitsbereich des Richters heraus und übertrug sie einer besonderen Anklagebehörde, der Staatsanwaltschaft.

1) Vgl. Schneider, Das Amt des Staatsanwalts, in DRiZ 1964, S. 153

In dieser Entwicklung des Amtes des Staatsanwaltes aus dem richterlichen Amt sehen verschiedene Autoren einen Grund für die Annahme, daß die Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden sei ¹⁾. Insbesondere Nowakowski ist der Ansicht, daß durch die Schaffung der Staatsanwaltschaft zwar das Verfahren objektiver gestaltet und der Schutz des Angeklagten vor Willkür garantiert werden sollte, die Funktionsverteilung gebe aber nichts für die Ansicht her, daß der Staatsanwalt Rechtsfragen unabhängig von der Rechtsprechung beurteilen dürfe ²⁾.

Der von Nowakowski zunächst erwähnte Gesichtspunkt ist zweifellos richtig; denn der Inquisitionsprozeß hatte viele Mängel, die durch die Reform beseitigt werden sollten ³⁾. So versprach man sich von der Einführung der Staatsanwaltschaft hauptsächlich eine Objektivierung des Strafverfahrens. Man glaubte, der Richter werde, von der Anklagetätigkeit befreit, die gestellten Anträge nunmehr unparteilich und unbefangen prüfen können. Der Staatsanwalt könne demgegenüber mehr Mühe auf die Untersuchungstätigkeit verwenden, einzelne Verdachtsmomente aufspüren, strafrechtliche Vorwürfe genau prüfen und die Einleitung eines Strafverfahrens davon abhängig machen, ob dies im Hinblick auf die betroffenen Interessen wünschenswert sei ⁴⁾. Indem die Verhandlung sich regelmäßig auf die in der Anklageakte vorkommende Anschuldigung beschränke, liege die Grundlage des Verfahrens von vornherein fest, unbestimmte Verfahren würden vermieden und der Angeklagte könne sich mit seiner Verteidigung auf die vom Ankläger zu erhebenden Vorwürfe einrichten ⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Kohlhaas, Ist die Staatsanwaltschaft an die ständige oder gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden? in DRiZ 1964, S. 288 ff; Nüse, Zur Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung in JR 1964, S. 283; Nowakowski, Gutachten, S. 17 ff
 - 2) So Nowakowski, Gutachten, S. 18 ff
 - 3) Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen von Mittermaier, Die Mündlichkeit ..., S. 281 ff; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 327 ff
 - 4) Vgl. Mittermaier, Die Mündlichkeit ..., S. 294 ff
 - 5) Vgl. Mittermaier, Die Mündlichkeit ..., S. 291, 292, 306, 307

Es ging also bei der Einführung der Staatsanwaltschaft in erster Linie darum, ein Strafverfahren zu schaffen, das bestmögliche Sicherheitsgarantien für eine objektive und einwandfreie Rechtsfindung gewährte. Wer mit Nowakowski ¹⁾ hieraus allerdings folgern wollte, solche Erwägungen gäben nichts dafür her, daß der Ankläger die Rechtsfragen unabhängig von der Rechtsprechung beurteilen oder daß der Staatsanwalt eine Rechtskontrolle gegenüber den Gerichten ausüben sollte, berücksichtigt zu wenig, daß durch die Reform eine dem Richter gegenüberstehende selbständige Behörde geschaffen wurde ²⁾. Immerhin bestand die Staatsanwaltschaft schon von Anfang an in manchen Ländern ³⁾ aus einer von dem Justizminister geleiteten Behörde. In anderen wiederum waren die Staatsanwälte Richter, die nur kraft widerruflichen Auftrages als Staatsanwälte tätig wurden ⁴⁾, und nach Beendigung des Auftrages wieder ihre richterliche Tätigkeit aufnahmen. War damit zwar noch keine absolute strenge Trennung zwischen Staatsanwaltschaft und Gerichten durchgeführt, so ging doch die dann folgende Entwicklung eindeutig dahin, die Staatsanwaltschaft organisatorisch vollkommen von den Gerichten zu lösen ⁵⁾.

Kommt in dieser Entwicklung die Absicht zum Ausdruck, die strafprozessualen Funktionen des Verfolgens und Richtens exakt und sauber zu trennen, so macht sich doch über die rein organisatorische Wirkung hinaus der Wunsch bemerkbar, eine auch in der Sachentscheidung freie und selbstän-

1) Vgl. Nowakowski, Gutachten, S. 17 ff

2) Vgl. z.B. die Ausführungen von Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft ..., S. 38, 42, 43

3) So in Preußen, Bayern, Württemberg, Sachsen, Baden und in den meisten anderen Bundesstaaten

4) So in Oldenburg, Schaumburg-Lippe, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz und Braunschweig (vgl. Floegel, Zur Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland, in DRiZ 1935 / Jahrg. 27 / , S. 170)

5) Vgl. Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877 - Reichsgesetzblatt 41; Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877 - Reichsgesetzblatt 253; Verordnung über die Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. 1. 1924 - sog. Emminger'sche Novelle

dige Behörde zu schaffen. Wurde doch vielfach die Meinung vertreten, daß der Staatsanwalt ein Gesetzeswächter sei, der objektiv als Staatsbehörde neben oder noch über dem Richter stehe ¹⁾. Immerhin hatte man ursprünglich gerade die Einlegung von Rechtsmitteln als die Hauptaufgabe des Staatsanwaltes angesehen ²⁾. Diese Rolle des Gesetzeswächters wird nun zwar zunächst als Befugnis verstanden, "bei dem Verfahren gegen den Angeklagten von Anfang an dahin zu wirken, daß überall dem Gesetz ein Genüge geschehe" ³⁾. Daß sich hinter diesem Gedanken aber wohl mehr verbirgt als nur die Verpflichtung, ein geordnetes Verfahren einzuhalten, auch zu Gunsten des Angeklagten sprechende Momente zu berücksichtigen und notfalls eine gerichtliche Entscheidung anzufechten, nämlich die Gewährung des Rechts zur selbständigen Entscheidung auch in Rechtsfragen, lassen folgende Äußerungen Mittermaiers vermuten:

"In vielen Fällen kann die Handlung, welche eine Criminaluntersuchung veranlaßt, unter verschiedenem Gesichtspunkt der Strafbarkeit gestellt werden: es kann so die Verwundung als Versuch der Tötung oder als Körperverletzung ... aufgefaßt werden; davon aber, ob der eine oder der andere Gesichtspunkt zu Grunde gelegt wird, hängt der Gang der Untersuchung ... ab ...; wo ein öffentlicher Ankläger die Anklage zu stellen hat, hängt es von seiner Prüfung ab, ob er ... bei der Anklage diesen oder jenen strafbaren Gesichtspunkt hervorheben will ..." ⁴⁾. Da mit Recht unsere Strafgesetzbücher mehr Untersuchungen und Abstufungen der einzelnen Verbrechen machen, ... so sind Grenzverwirrungen um so häufiger, je mehr die einzelnen Verbrechen oft ineinander fließen und es am Anfang oft schwierig ist, zu erkennen, welches Verbrechen vorliegt ... Hier bewährt sich

1) Vgl. Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft a.a.O., S. 44; siehe auch Mittermaier, Die Mündlichkeit ..., S. 319; Nowakowski, Gutachten S. 20

2) Vgl. Eb. Schmidt, Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 330

3) Vgl. das Promemoria des preußischen Justizminister v. Savigny und Uhden, zitiert nach Eb. Schmidt, Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 330

4) Vgl. Mittermaier, Die Mündlichkeit ..., S. 292

die französische Staatsbehörde, welche die Anträge zu stellen und dadurch die Richtung der Untersuchung zu bestimmen hat, trefflich ¹⁾).

Die geschichtliche Entwicklung der Staatsanwaltschaft zwingt indessen allein wohl nicht zu dem Schluß, die Staatsanwaltschaft dürfe auch Rechtsfragen unabhängig von der Ansicht der Rechtsprechung entscheiden. Es bieten sich jedoch verschiedene Anhaltspunkte, aus denen man entnehmen kann, daß an eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchst-richterliche Rechtsprechung nicht gedacht war.

2. Die Bedeutung der §§ 141 und 150 GVG

Entsprechend den bei der Einführung der Staatsanwaltschaft verfolgten Absichten sind für ihre Stellung gegenüber dem Gericht nach jetzigem Recht zunächst zwei Merkmale kennzeichnend: Die Staatsanwaltschaft ist jeweils und ausschließlich bei den Gerichten eingerichtet (§ 141 GVG), in ihrem amtlichen Verrichtungen jedoch von den Gerichten unabhängig (§ 150 GVG).

Mit der Festlegung der Unabhängigkeit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß die Staatsanwaltschaft ihre Aufgaben und Befugnisse unmittelbar aus dem Gesetz herleitet, im Gegensatz zu dem der heutigen Staatsanwaltschaft ähnlichen Fiscalat des 18. Jahrhunderts, das weitgehend auf gerichtlichen Auftrag tätig wurde ²⁾. Damit ist die oben schon erörterte Entwicklung zur Trennung des staatsanwaltlichen vom richterlichen Arbeitsbereich abgeschlossen. Hieraus läßt sich allerdings entsprechend den oben gemachten Ausführungen nur folgern, daß eine solche organisatorische Trennung der Staatsanwaltschaft von dem Gericht eher gegen als für die Aussicht einer Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchst-richterliche Rechtsprechung streiten dürfte. Darüber hinaus lassen sich aus § 150 GVG allein

1) Vgl. Mittermaier, Die Mündlichkeit ..., S. 331, 332

2) So Schäfer in Löwe-Rosenberg a.a.O., § 150 GVG Anm. 1;
Eb. Schmidt, Lehrkommentar Bd. III § 151

wohl keine entscheidenden Argumente für die Lösung der angeschnittenen Probleme gewinnen ¹⁾; denn diese Vorschrift soll nur den dienstlichen Bereich, das Amt als solches von dem des Richters abgrenzen und die Art des Verkehrs zwischen beiden Behörden bestimmen ²⁾; sie hat also vorwiegend formell-organisatorische Bedeutung und regelt den rein technischen Ablauf der Zusammenarbeit. Dafür spricht schon der Charakter des ganzen Gerichtsverfassungsgesetzes, zu dem diese Bestimmung gehört, und die Stellung des § 150 im Gesetz ³⁾.

Ähnliches läßt sich zu der Vorschrift des § 141 GVG sagen. Auch sie hat nur eine formell-organisatorische Bedeutung. Die Staatsanwaltschaft soll bei den Gerichten bestehen, weil sie ihre Aufgaben der Strafverfolgung am zweckmäßigsten am Gerichtsplatz und in Zusammenarbeit mit den Gerichten erledigen kann. Vergleichbare Erscheinungsformen der organisatorischen Zuordnung von Behörden verschiedener Gewalten finden wir in dem Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Verwaltungsgerichten (§§ 35 - 37 VwGO) sowie in den Justizprüfungsämtern der einzelnen Bundesländer, die zum Teil in den Oberlandesgerichten untergebracht sind ⁴⁾. Hier wie im Falle des § 141 GVG handelt es sich um eine rein räumlich gemeinte Zugehörigkeit einer Behörde zu einer anderen. Die Vorschrift des § 141 GVG vermag also zu der Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung nichts aussagen.

1) So auch Schäfer in Löwe-Rosenberg a.a.O., § 150 GVG Anm. 1; wohl auch Nowakowski, Gutachten, S. 12; die von Herrmann zu § 150 geäußerte Ansicht ist in dieser allgemein gehaltenen Formulierung wohl nicht richtig, siehe Herrmann, Referat, D 50

2) Vgl. die Anmerkungen bei Eberhard Schmidt, Lehrkommentar Band III, § 151 Anm. II und Schäfer in Löwe-Rosenberg a.a.O., § 150 GVG Anm. 1

3) Vgl. die §§ 151, 152

4) Vgl. z.B. NRW (Hamm, Köln, Düsseldorf) und Niedersachsen (Oldenburg, Celle)

3. Die sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip ergebenden Folgerungen bezüglich der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft gegenüber der Rechtsprechung bei der Rechtsauslegung

Ist bisher versucht worden, aus der formell-organisatorischen Einordnung der Staatsanwaltschaft in das Strafverfahren die Frage nach der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beantworten, so soll nun an Hand der der Staatsanwaltschaft zugewiesenen materiellen Aufgaben und Zuständigkeiten beurteilt werden, inwieweit sich hier Gründe für oder gegen eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung ergeben. Dabei kann man einmal auf die die staatliche Tätigkeit allgemein und grundsätzlich regelnden Vorschriften des Grundgesetzes wie z.B. die Bestimmungen zur Gewaltenteilung und zum Abschnitt über die Rechtsprechung zurückgehen, zum anderen bieten sich die Bestimmungen der Strafprozeßordnung an, soweit sie materielle Zuständigkeitsregelungen für die Staatsanwaltschaft und das Gericht enthalten. Wir beginnen mit der Untersuchung der verfassungsrechtlichen Vorschriften; denn die Behörden der Staatsanwaltschaft und die Gerichte sind nicht nur Rechtspflegeorgane mit besonderen Funktionen im Strafverfahren, sondern zugleich Staatsorgane und somit innerhalb des größeren Rahmens der verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung der Rechtsprechung bzw. der vollziehenden Gewalt zuzuordnen. Ist die Tätigkeit der Gerichte in der Regel Ausübung rechtsprechender Gewalt, so scheint hingegen die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft nicht ohne weiteres in das Gewaltenteilungsschema zu passen: Einerseits deuten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft als Rechtspflegeorgan auf den besonders engen Zusammenhang mit der Rechtsprechung hin, andererseits spricht für die Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaft zur vollziehenden Gewalt der sachliche Inhalt ihrer Tätigkeit; denn das ihr aufgetragene Verfolgen, Ermitteln und Anklagen ist im Gegensatz zur

gerichtlichen Tätigkeit des Entscheidens ein Handeln und bezweckt die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, nicht lediglich die rechtliche Beurteilung von bestimmten Sachverhalten.

a) Rechnet man die Staatsanwaltschaft zur vollziehenden Gewalt, so könnte man aus dem in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG normierten Gewaltenteilungsprinzip entnehmen, daß die Staatsanwaltschaft nicht an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist, da die Gewaltentrennung eine solche Bindung verbietet. Sieht man die Staatsanwaltschaft als Teil der rechtsprechenden Gewalt an, so könnte hieraus die Verbindlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung gegenüber der Staatsanwaltschaft gefolgert werden, wenn man nämlich dem Richter innerhalb der rechtsprechenden Gewalt die vorrangige Zuständigkeit in der Entscheidung von Rechtsfragen einräumt.

Die aus den beiden Möglichkeiten gezogenen Folgerungen gehen jedoch davon aus, daß einerseits die Gewaltentrennung im Gebiet der Strafrechtspflege konsequent durchgeführt ist, andererseits aber innerhalb der rechtsprechenden Gewalt nur den Richtern Unabhängigkeit zugestanden wird. Es könnte hingegen die Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung trotz der Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaft zur vollziehenden Gewalt auch als zulässige Ausnahme oder Modifizierung des Gewaltenteilungsprinzips gerechtfertigt sein. Die Fragestellung, ob es sich um eine derartige Modifizierung handelt, kann aber erst getroffen werden, wenn zunächst eine Einordnung der Staatsanwaltschaft in das Gewaltenteilungssystem vorgenommen wird. Zählt man die Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden Gewalt, so ließe sich gegen die daraus gefolgerte Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung außerdem einwenden, daß nicht einmal die Gerichte selbst in der Regel an die Rechtsprechung oberer Bundesgerichte gebunden seien und deswegen auch die Staatsanwaltschaft von einer solchen Bindung frei sein müsse.

Der letztere Einwand übersieht jedoch, daß die Staatsanwaltschaft sicherlich nicht die in Art. 97 Abs. 1 GG und entsprechenden früheren Bestimmungen ¹⁾ ausdrücklich nur den Richtern gewährte Unabhängigkeitsgarantie für sich in Anspruch nehmen kann ²⁾. Gerade die Unabhängigkeit der Richter, der nur "Gesetz und Recht" Schranken setzen, ist aber der Grund, warum die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gegenüber den einzelnen Gerichten in der Regel nicht verbindlich ist ³⁾.

Lehnt man also eine dem Richter vergleichbare unabhängige Stellung für die Staatsanwaltschaft ab, so konzentriert sich das Interesse auf die Frage, ob die Staatsanwaltschaft entweder zu einem nicht nur die Richter umfassenden weiteren Bereich der rechtsprechenden Gewalt gehört oder ob sie ein Organ der vollziehenden Gewalt ist, das gegenüber der Rechtsprechung ebenso unabhängig ist wie eine Verwaltungsbehörde. Im ersteren Fall könnte man die Bindung der Staatsanwaltschaft annehmen, im zweiten müßte man sie ablehnen.

Diese Erörterungen zeigen bereits, daß für die Beantwortung der Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstgerichtliche Rechtsprechung die Einordnung der Staatsanwaltschaft in das System der Gewaltenteilung nicht ohne Bedeutung ist. Das meint schon Sarstedt, wenn er sagt, die Antwort auf die Frage, ob die Staatsanwaltschaft an die höchstgerichtliche Rechtsprechung gebunden ist, sei nur möglich, wenn zuvor Klarheit über die streitig gewordene Stellung der Staatsanwaltschaft überhaupt geschaffen werde ⁴⁾. Deshalb stellt er auch die Untersuchung über die

-
- 1) Art. 102 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. Aug. 1919; Art. 86 der preuß. Verfassung von 1850; § 1 GVG
 - 2) So Nowakowski, Gutachten, S. 11; Eb. Schmidt, Zur Rechtsstellung ... in MDR 1964, S. 631; Sax in Müller-Sax, a.a.O., Einleitung 3 II a, S. 31 f; Schwalm, Referat D 24 ff; Sarstedt, Gebundene Staatsanwaltschaft? in NJW 1964, S. 1752 ff, 1753; a.A. wohl insb. Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft ... a.a.O., S. 47; Görcke, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz in ZStrW 1961, S. 579 ff, 590; Wagner, Zur Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft in NJW 1963, S. 8 ff, 9
 - 3) Natürlich abgesehen von dem Gesichtspunkt, daß dieser Rechtsprechung in der Regel der Rechtssatzcharakter fehlt (s.o.)
 - 4) Vgl. Sarstedt in NJW 1964, S. 1752

Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaft zur vollziehenden oder zur rechtsprechenden Gewalt an die Spitze seiner Erörterungen ¹⁾. Ebenso ist Frau Koffka in der Diskussion auf dem 45. Deutschen Juristentag der Ansicht, daß die Gewaltenteilung die rechtlich letztlich entscheidende Frage sei ²⁾, und Herrmann kommt ebenfalls gegen Ende seines auf dem 45. Deutschen Juristentag gehaltenen Referats zu dem Ergebnis, daß die Funktionsteilung zwischen Kläger und Richter letztlich nicht Gerichtsrecht, sondern Verfassungsrecht sei ³⁾. Auch Lüttger, der schon vor dem 45. Deutschen Juristentag einmal ausführlicher zur Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung Stellung genommen hat ⁴⁾, geht in seinem vorbereitenden Diskussionsbeitrag auf dem 45. Deutschen Juristentag davon aus, daß der in Art. 20 Abs. 2 GG verankerte Grundsatz der Gewaltenteilung für das vorliegende Problem prinzipielle Bedeutung habe ⁵⁾. Desgleichen ist Nüse der Ansicht, daß das Problem der Bindung der Staatsanwaltschaft "an die ständige oder gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung" über die unmittelbar Beteiligten hinaus zugleich die grundsätzliche Stellung der rechtsprechenden Gewalt und die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zu den Gerichten berühre ⁶⁾.

Lediglich Nowakowski in seinem für den 45. Deutschen Juristentag angefertigten Gutachten und Gallas - während der dort durchgeführten Diskussion - meinen, daß es auf die Einordnung der Staatsanwaltschaft in das Gewaltenteilungsschema nicht ankomme. Nowakowski ist der Ansicht, die Antwort auf die Frage nach der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung sei aus den Strukturen des Strafprozesses zu gewinnen. Ein Rückgriff auf den Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" in seiner ganzen Breite und Unbestimmtheit sei nicht notwendig ⁷⁾. Gleichwohl

1) Vgl. Sarstedt a.a.O., S. 1752, 1753

2) Vgl. Koffka, Diskussion D 117

3) Vgl. Herrmann, Referat D 59

4) Vgl. Lüttger, Der "genügende Anlaß" in GA 1957, S. 211 ff

5) Vgl. Lüttger, D 70, 71; siehe auch D 69

6) Vgl. Nüse in JR 1964, S. 282

7) Nowakowski, Gutachten, S. 33

muß sich jedoch auch Nowakowski in den dann folgenden Erörterungen wiederholt mit dem Begriff der "rechtsprechenden Gewalt" und der "Ausübung rechtsprechender Gewalt" beschäftigen¹⁾.

Gallas glaubt, daß die Frage, ob die Staatsanwaltschaft Teil der rechtsprechenden Gewalt sei oder vielmehr ein Organ der Rechtspflege mit Funktionen, die sich auf die Rechtsprechung beziehen, weitgehend eine terminologische zu sein scheine und für das vorliegende Problem nicht von entscheidender Bedeutung sei²⁾. Dies zeige sich schon darin, daß der Gutachter (Nowakowski) und die beiden Referenten (Schwalm und Herrmann) darüber einig gewesen seien, daß die Staatsanwaltschaft nicht Teil der rechtsprechenden Gewalt, sondern ein Organ der Rechtspflege sei, sie aber trotzdem zu verschiedenen Ergebnissen in der Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung gekommen seien³⁾.

Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig; denn der Gutachter und die beiden Referenten rechnen die Staatsanwaltschaft zwar übereinstimmend nicht zur rechtsprechenden Gewalt. Sie sind sich aber weder einig über den Begriff der rechtsprechenden Gewalt, über den Umfang und die Rechte dieser Gewalt, noch darüber, ob und in welcher Art und wieweit ein Verwaltungsorgan von einem Rechtsprechungsorgan abhängig sein darf. Nowakowski meint nämlich, daß die Staatsanwaltschaft jede Sache, in der eine Verurteilung zu erwarten ist, vor die Gerichte bringen müsse. Andernfalls werde den Gerichten als den berufenen Organen der Rechtsprechung vorgegriffen. Schwalm stimmt dem in seinem auf dem 45. Deutschen Juristentag gehaltenen Referat grundsätzlich zu⁴⁾. Beide ziehen also den Rahmen dessen, was zur rechtsprechenden Gewalt gehört, entsprechend weit. Herrmann hingegen beschränkt den Bereich der rechtsprechenden Gewalt auf die Entscheidung der

1) Vgl. Nowakowski, Gutachten, S. 34-39

2) Vgl. Gallas, D 65, 66

3) Vgl. Gallas a.a.O.

4) Vgl. Schwalm, Referat D 26

ihr vorgelegten Einzelfälle ¹⁾. Seiner Ansicht nach umfaßt dieser Bereich nicht auch die Einflußnahme auf Entscheidungen der Staatsanwaltschaft. Es geht also bei allen drei Autoren letztlich um die Klärung der Begriffe "Rechtsprechung" und "ausführende Gewalt" sowie die Abgrenzung dieser Begriffe im Rahmen des Gewaltenteilungsprinzips. Somit hat die Klärung dieser Probleme für die Frage, ob die Staatsanwaltschaft an die höchstichterliche Rechtsprechung gebunden ist, entgegen der Ansicht von Gallas prinzipielle Bedeutung; denn daraus ergeben sich Rückschlüsse auf die Struktur des deutschen Strafprozesses und die dort vorgenommene Funktionsverteilung.

b) Geht es um die Einordnung der Staatsanwaltschaft in das vom Grundgesetz aufgestellte Gewaltenteilungsschema, so erscheint die Abgrenzung der Rechtsprechung von der vollziehenden Gewalt nur nach materiell-funktionellen Kriterien sinnvoll; denn eine Unterscheidung nach anderen Merkmalen, etwa nach den entwicklungshistorischen Grundlagen oder nach formell-organisatorischen Gesichtspunkten würde die Einordnung der Staatsanwaltschaft in das grundgesetzliche Gewaltenteilungssystem nicht erleichtern. Die Staatsanwaltschaft ist nämlich im Grundgesetz mit keinem Wort berücksichtigt. Beratungsprotokolle und sonstige Materialien ergeben ebenfalls keinerlei Anhaltspunkte, welchen Platz die Staatsanwaltschaft im verfassungsrechtlichen Organisationsschema einnehmen sollte. Auch die geschichtliche Entwicklung der Staatsanwaltschaft einerseits und ihre verfassungsrechtliche Einordnung andererseits enthält keinen eindeutigen Hinweis auf ihre Zugehörigkeit zur Rechtsprechung oder zur vollziehenden Gewalt.

Zur Gewinnung eines materiell-funktionellen Rechtsprechungsbegriffs bedarf es der Untersuchung der von der Rechtsprechung ausgeübten Tätigkeiten. Hier fällt zunächst auf,

1) Vgl. Herrmann, Referat D 57 ff

daß Rechtsprechen ein reiner Erkennens- ¹⁾ bzw. Erklärungs-
vorgang ist, wenn man einmal von der Tatsache des Nieder-
schreibens des Erkenntnisses oder von der dem Erkenntnis
vorangehenden Untersuchungstätigkeit absieht. Das sind Vor-
bereitungs- oder Hilfstätigkeiten, die zur Rechtsprechung
gehören, aber nicht ihr eigentliches Wesen ausmachen. Der
Richter findet ein Rechtsverhältnis, einen Sachverhalt schon
vor, er mißt den ihm zur Entscheidung gestellten Fall am
Recht, er "spricht" Recht ²⁾. Infolgedessen gehört zum We-
sen der Rechtsprechung, daß sie untätig bleibt, solange man
sie nicht in Anspruch nimmt ³⁾. Die Rechtsprechung ist dar-
auf angewiesen, daß an sie das Rechtsbegehren von Außen in
Form einer Klage, eines Antrages, eines Gesuches oder einer
Anklage herangetragen wird. Sie entfaltet insoweit keine
eigene Initiative ⁴⁾. Es gilt der Satz: "Wo kein Kläger,
da kein Richter" ⁵⁾.

Die Verwaltung dagegen (von der Regierung als einem Teil
der vollziehenden Gewalt soll hier nicht die Rede sein, da

- 1) Zum Begriff des "Erkennens" bzw "Erkenntnisses" vergl.
das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 21. 4. 1959 in
NJW 1959, S. 1230 ff, 1231, wo eindeutig darauf hinge-
wiesen wird, daß zum Wesen der Rechtsprechung die zi-
tierten Begriffe gehören. - Auch Bettermann spricht da-
von, daß ein Urteil ein Erkenntnis-, kein Willensakt
sei, in "Der Schutz der Grundrechte, a.a.O., S. 875,
ebenso in Verwaltungsakt und Richterspruch, a.a.O.,
S. 376
- 2) Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei Arndt, Strafge-
walt ... a.a.O., S. 607
- 3) Rumpf spricht von der Passivität des Richters - Ver-
waltung und Verwaltungsrechtsprechung, S. 152, 153
- 4) So auch Bettermann, in Gedächtnisschrift für Jellinek,
S. 371, 372; derselbe in Die Freiwillige Gerichtsbar-
keit, Festschrift für Friedrich Lent, S. 25; vgl.
auch Sarstedt, Gebundene Staatsanwaltschaft, a.a.O.,
NJW 1964, S. 1753
- 5) So auch Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch,
a.a.O., S. 371 und derselbe, in Evangelisches Staats-
lexikon, Sp. 1711 ff, 1715

insoweit keine Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen) schafft Rechtsverhältnisse ¹⁾, sie erläßt ein Gebot oder ein Verbot, sie gewährt eine Leistung oder nimmt eine Leistung, sie gestaltet Lebensverhältnisse. Verwaltung ist Handeln ²⁾, ist dynamisch ³⁾, entfaltet eigene Initiative.

Rechtsprechende Tätigkeit hat regelmäßig die Herbeiführung des Rechtsfriedens zum Ziel. Mit dem Richterspruch findet das Verfahren seinen Abschluß. Der Verwaltung ist demgegenüber etwas Progressives, etwas Sichfortwährend-Entwickelndes eigen. Ein Gebot bzw. ein Verbot wird zwar ausgesprochen, danach gilt es aber, auf seine Einhaltung zu achten. Eine Leistung wird zwar erbracht, danach muß aber der Leistungszweck durchgesetzt werden. Einrichtungen werden geschaffen, müssen aber verwaltet werden. Es gibt Abschnitte oder Zäsuren, aber es tritt keine Beruhigung, kein Ende ein. Aus jeder Aufgabe erwächst eine neue Aufgabe. Das Wesen der Verwaltung ist Kontinuität ⁴⁾.

Entscheidendes Merkmal der Rechtsprechung ist weiterhin ihre Neutralität, die sachliche Verselbständigung, das sachliche Überwiegen, das darin zu finden ist, daß die Rechtsprechung reiner, uninteressierter Ausspruch dessen ist, was Rechtens ist, der nur darum möglich ist, weil ein an dem zu beurteilenden Sachverhalt unbeteiligter Dritter diese Rechtsanwendung vornimmt ⁵⁾. Die Verwaltung ist demgegenüber zweck-

1) Vgl. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949, S. 7, der von schöpferischer Tätigkeit spricht

2) Ebenso Fleiner, a.a.O., S. 7; Bettermann, Evangelisches Staatslexikon, a.a.O., Sp 1715 unter Berufung auf Jellinek; - Rumpf, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung ..., a.a.O., S. 152, bezeichnet Verwaltung als Aktio

3) Vgl. Forsthoff, a.a.O., S. 6

4) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 6

5) So Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Festschrift Richard Thoma, S. 29; vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch, S. 5, 6; Wolff I, S. 72, 73; Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 525, 526; Hamann, Artikel 92, Anm. B 1 b) bb), S. 384; zustimmend Flume in Steuerwesen und Rechtsordnung, Festschrift für Smend ..., a.a.O., S. 80, 81; von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt 1953, Vorbemerkungen 3 vor Art. 92; ausdrücklich auch BVerfGE 3, 381; 4, 346; Württ.-Bad. VGH in ESVGH 3, 128 - a.A. wohl OVG Lüneburg AS 5, 347; von Turegg (Forts. S. 55)

gebunden, sie verfolgt jeweils bestimmte Ziele, deren Auswahl im Rahmen der Gesetzes nach dem zu verwirklichenden Interesse oder dem angestrebten Nutzen bestimmt wird.

Schließlich gehört zum Begriff der Rechtsprechung die Entscheidung von Streitigkeiten ¹⁾, d.h. die Entscheidung

(Forts. v. S. 54)

Gerichte in NJW 1953, 1201 ff, 1202, der der Ansicht ist, daß dann u.a.: der Strafprozeß nicht als Rechtsprechung qualifiziert werden könne. Es ist allerdings Arndt, Korreferat 40. DJT C. 49 zuzustimmen, daß es eine absolute Neutralität, den "Homo iudex absolutus" nicht gibt. Ebenso wie die Gerechtigkeit ist die Neutralität nur anstrebbbar, aber nicht erreichbar, also lediglich ein Postulat. Das hindert uns jedoch nicht, dies als Tatbestandsmerkmal in unserer Begriffsbestimmung aufzunehmen. - Zum Neutralitätsbegriff Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S.114 ff

- 1) So Bötticher, Inwieweit sichern die Artikel 2 ff der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? in ZZP 51 (1926), S. 201 ff, 207-208; Friesenhahn, Begriff und Arten der Rechtsprechung, a.a.O., S. 27 mit weiteren Nachweisen; Bettermann, Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt ..., a.a.O., Spalte 1718, 1719; Wolff I S. 72; s.a. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 37 ff mit weiteren Nachweisen. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 583, 585. - In der Rechtsprechung hat sich insbesondere das OVG Münster in seiner Entscheidung vom 23. 7. 1951 - JZ 1951, S. 83 ff, 84 - der Ansicht von Friesenhahn angeschlossen; Rechtsprechung werde dort geübt, wo ein unparteilicher Dritter - der Richter - in einem rechtlichen Streit zwischen zwei Personen entscheide und damit verbindlich feststelle, was zwischen ihnen Rechtens sei; ähnlich das OVG Lüneburg - AS 5, S. 347 ff, S. 347, das allerdings das Merkmal der Entscheidung durch unabhängige Richter wohl nicht zum Rechtsprechungsbegriff zählt. - Ablehnend Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung, in Festschrift für Rudolf Smend, S. 59 ff, S. 78, 79; Niese, Das Steuerstraßverfahren, a.a.O., S. 352; Eb. Schmidt, Lehrkommentar I Rdn. 9. Bedenken gegen den Begriff "Streitentscheidung" äußert Pohle in Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur ZPO, Einleitung D I 2, S. 89. Ablehnend auch Ule in AöR 1955/56 (80), S. 246; Messerer, Zum Begriff "Rechtsprechung" und "Richter", in DRiZ 1954, 209; Müller-Tochtermann, Freiwillige Gerichtsbarkeit zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, in DRiZ 1956, S. 4 ff, 4, 5; Reuss, Vom Wesen des Richters in DVBl 1955, S. 311 f 312

von Gegensätzen zwischen Parteien, die jeweils für sich vor dem Richter als einem unbeteiligten Dritten ihr Recht suchen. Dabei soll über die formelle Bedeutung dieses Begriffes im Parteienprozeß der Zivil-, Arbeits-, Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie im Privatklageverfahren des Strafprozesses hinaus der Begriff "Streitigkeit" materiell verstanden werden. Es genügt, daß ein, zwei oder mehrere nach den Verfahrensvorschriften mit Rechten oder Pflichten ausgestattete (s) Rechtssubjekt (e) ¹⁾ einen Sachverhalt voneinander abweichender Meinungen oder Interessen zur Entscheidung stellen.

Der nach materiellen Kriterien definierte Begriff der Streitigkeit umfaßt somit auch das Strafverfahren, denn das Strafverfahren ist zwar nach weit verbreiteter Ansicht kein Parteiprozeß ²⁾, der Sache nach handelt es sich aber um ein streitiges Verfahren. Dem Interesse des Staates an der Wiederherstellung und Aufrechterhaltung seiner Ordnung steht das Interesse des Angeklagten an dem Fortbestand seiner Rechte, insbesondere seiner Grundrechte wie Freiheit, Eigentum usw. gegenüber ³⁾. Über diese Interessen wird letztlich entschieden ⁴⁾.

-
- 1) Hier im Sinne von Wolff I § 32 III a(S.159) und Menger, System ..., a.a.O., S. 38 als Zuordnungssubjekt mindestens eines Rechtssatzes verstanden
 - 2) Vgl. Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung (25), S. 2; Eb. Schmidt, Lehrkommentar I S. 84 ff; Peters, Strafprozeß, S. 15, 87 ff; Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einleitung S. 62 f; a.A. beispielsweise Kern, Strafverfahrensrecht (8), S. 69
 - 3) Vgl. Kern, Strafverfahrensrecht, München und Berlin 1965, S.3
 - 4) Vgl. zum kontradiktatorischen Charakter des Strafprozesses insbes. Nowakowski, a.a.O., S. 15; s.a.Möllinger, Gerichtsbarkeit ..., a.a.O., S. 290; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte ..., S. 875; auch Rumpf, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, a.a.O., S. 152 sieht den heutigen Strafprozeß der Idee nach als 'streitiges Verfahren' - über den Strafspruch des Staates - an; nach Friesenhahn, a.a.O., S. 44, ist das Strafurteil im Ergebnis ebenfalls eine Entscheidung von Streitigkeiten, wenngleich er sonst wohl einen formellen Rechtssprechungs-begriff vertritt. - Der Gesetzgeber hat zu dieser Frage weder in der einen noch in der anderen Richtung Stellung genommen. Soweit in den §§ 12, 13 GVG und 2 EGGVG die Strafsachen zur ordentlichen strei- (Forts. S. 57)

Versucht man nun mit Hilfe der gefundenen Unterscheidungskriterien die Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden oder zur vollziehenden Gewalt festzustellen, so wird man das Wesen staatsanwaltlicher Tätigkeit zunächst in einem, gerade Verwaltungsorganen eigenen, Handeln sehen müssen. Der Staatsanwalt verfolgt, ermittelt, klagt an. "Die §§ 152 Abs. II, 170 StPO fordern den Staatsanwalt nicht auf, lediglich darüber zu entscheiden, ob ein genügender Verdacht vorliegt. Sie schreiben ihm vielmehr für den einen und für den anderen Fall ein bestimmtes prozessuales Verhalten, Erhebung der Anklage oder Einstellung des Verfahrens vor" ¹⁾. Auch an der Einstellung eines Ermittlungsverfahrens ist wesentlich, daß der Staatsanwalt seine Untersuchung abbricht, den Beschuldigten außer Verfolgung setzt, also weniger die abstrakte Entscheidung, es habe sich kein hinreichender Verdacht ergeben ²⁾. Maßgebend ist der prozessuale Verzicht auf die Weiterführung des Prozesses ³⁾. Soweit der Staatsanwalt vor seiner Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Klage oder die Einstellung des Verfahrens die tatsächliche und die rechtliche Lage wie ein Richter beurteilt, vollzieht er nur einen Denkvorgang, wie er die logische Voraussetzung jeder Rechtsanwendung ist. Ähnlich liegt es bei der Frage, ob der Staats-

(Forts. v. S. 56)

tigen Gerichtsbarkeit gerechnet werden, ist dem in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zuzumessen. Es handelt sich hier um Zuständigkeitsvorschriften, also Vorschriften organisationsrechtlichen Inhalts. Der Gesetzgeber hat hier keine Aussage über den materiellen Rechtsprechungsbegriff machen, sondern nur die Strafsachen einer bestimmten Gerichtsbarkeit formell zuordnen wollen

- 1) So Nowakowski, Gutachten, S. 35, 36
- 2) Vgl. Nowakowski, Gutachten, a.a.O., S. 35, der sagt, der Staatsanwalt treffe mit der Einstellung ebenso wie mit der Erhebung der Anklage lediglich eine Entscheidung darüber, ob er die rechtsprechende Gewalt in Anspruch nehmen wolle. In der Fußnote 139 weist er darauf hin, damit passe gut zusammen, daß die Einstellungsverfügung des Staatsanwalts keine materielle Rechtskraft habe
- 3) So Peters, Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidung, in ZStrW 1956 (68), S. 374 ff, S. 381

anwalt den Erlaß eines Haftbefehls, die Vereidigung eines Zeugen usw. beantragen oder ein Rechtsmittel gegen eine richterliche Entscheidung einlegen soll. Das Entscheidende, die staatsanwaltliche Tätigkeit ihrem Wesen nach Kennzeichnende ist die Prozeßhandlung als solche, nicht der Erkennensvorgang.

Kennzeichen staatsanwaltlicher Tätigkeit ist weiterhin die Durchsetzung des materiellen Strafanspruches des Staates. Der Staatsanwalt ist verpflichtet, die öffentliche Ordnung in Gestalt des geltenden Strafrechts durchzusetzen, d. h. den Täter, sofern er schuldig ist, der Bestrafung zuzuführen, wenn aber nicht schuldig, ihn nicht weiter zu verfolgen bzw. seinen Freispruch zu veranlassen. Der Richter beurteilt, ob der materielle Strafanspruch des Staates besteht, er stellt den Rechtsbruch oder das Nichtvorliegen eines Verstoßes gegen die Ordnung fest.

Der Staatsanwalt handelt niemals in der Person eines unbeteiligten Dritten, sondern immer im Interesse seiner Aufgabe, der Strafverfolgung. Die Entscheidung über die Erhebung der Anklage oder die Einstellung der Ermittlungen, über die Einlegung oder die Nichteinlegung eines Rechtsmittels ist stets eine Entscheidung über die Verfolgungswürdigkeit (s.o.), d. h. über das Interesse des Staates, zur Aufrechterhaltung der Strafrechtsordnung weiter auf eine Durchführung von geeigneten Maßnahmen gegenüber dem Delinquenten zu dringen. Darum fehlt dem Staatsanwalt auch die für den Richter zu fordernde Neutralität. Damit ist nicht zu verwechseln, daß der Staatsanwalt zur Objektivität verpflichtet ist¹⁾. Objektivität bedeutet in diesem Zusammenhang unvoreingenommene und unbedingte Rechtsanwendung; sie betrifft die Regel, nach der gehandelt werden soll, Neutralität dagegen meint die Position, in der man sich befindet.

1) Vgl. Henkel, Strafverfahrensrecht, a.a.O., S. 180; Peters, Strafprozeß, a.a.O., S. 139; Kern, Strafverfahrensrecht, a.a.O., S. 37; siehe hierzu auch die §§ 160 Abs. 2, 296 Abs. 2 StPO

Die Pflicht zur Objektivität und das Fehlen der Neutralität sind auch die beiden Gesichtspunkte, von denen aus man die Frage beurteilen kann, ob die Staatsanwaltschaft eine Prozeßpartei ist. Sieht man das Entscheidende in der Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Objektivität, so wird man ihr nicht die Rolle einer Partei einräumen ¹⁾. Betont man hingegen mehr das Fehlen der Neutralität, so qualifiziert gerade dieser Umstand die Staatsanwaltschaft als Partei im Gegensatz zum Richter.

Der Staatsanwalt entscheidet im übrigen keine Streitigkeiten, sondern er stellt solche dem Gericht zur Entscheidung. Er ist insoweit streitbeteiligt, als er die Streitigkeit vor das Gericht bringt. Er nimmt an der gerichtlichen Entscheidung nicht teil ²⁾.

Aus all dem folgt, daß die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft nicht Rechtsprechung sondern vollziehende Gewalt ist. Da somit die Behörden der Staatsanwaltschaft und die Gerichte verschiedenen Gewalten angehören, würde eine allgemeine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung grundsätzlich dem Gewaltenteilungsprinzip widersprechen; denn dieses Prinzip besagt, daß die eine Gewalt als Grenze ihrer eigenen Gewalt den rechtmäßigen Bereich der anderen Gewalt beachten muß ³⁾. Keine Gewalt darf der anderen Gewalt Weisungen geben, wie sie ihre Rechte wahrzunehmen und ihre Pflichten zu erfüllen hat. Die einzige Richtlinie ist grundsätzlich für die Rechtsprechung wie für die vollziehende Gewalt Gesetz und Recht.

c) Nun könnte jedoch die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung, darauf wurde oben schon hingewiesen, eine zulässige Modifizierung des Gewaltenteilungsprinzips sein. So hat der Gesetzgeber dem Richter verschiedentlich ausnahmsweise das Recht eingeräumt,

1) So BGHSt 15, S. 159; Peters, Strafprozeß, a.a.O., S. 139; Henkel, Strafverfahrensrecht, a.a.O., S. 180

2) So Nowakowski, Gutachten, a.a.O., S. 16

3) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 20 Rdn. 85

Verwaltungsbehörden zur Vornahme von besonderen Maßnahmen oder zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen ¹⁾). Auch im Strafprozeß vermag das Gericht in einzelnen, oben beschriebenen Fällen auf die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft Einfluß zu nehmen. Diese Einflußnahme betrifft jedoch stets den konkreten Einzelfall und entspricht der besonderen Aufteilung der Funktionen zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht, kann aber nicht als Anhaltspunkt dafür herangezogen werden, daß die Staatsanwaltschaft ganz allgemein an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist.

Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung wäre wohl auch nur dann eine zulässige Modifizierung der Gewaltenteilung, wenn sie noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung als Ganzem ²⁾ vereinbar wäre.

Der Bundesgerichtshof und im Anschluß daran ein Teil der Literatur ³⁾ haben eine an und für sich zulässige Überschneidung von Aufgabengebieten der drei Gewalten als einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung als Ganzem angesehen, wenn eine Anreicherung der Kompetenz einer Gewalt

-
- 1) Vgl. § 189 StPO: Der Untersuchungsrichter darf Polizeibeamte als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft anweisen; §§ 42 Abs. 1, 2. Alt., 113 VwGO: Ein Verwaltungsgericht darf eine Verwaltungsbehörde zum Erlaß von Verwaltungsakten oder zur Erbringung sonstiger Leistungen verurteilen; § 42 StGB: Der zuständige Strafrichter darf gegenüber der Verwaltungsbehörde das Verbot aussprechen, für eine bestimmte Dauer eine Fahrerlaubnis zu erteilen; §§ 23 ff EGGVG: Der zuständige Senat des OLG darf Justizverwaltungsbehörden zum Erlaß eines Verwaltungsaktes verpflichten usw.
 - 2) Der Ausdruck stammt von v. Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. V b, S. 599
 - 3) Vgl. BGHZ 11 Anh. 34 ff, 50; Wernicke in Bonner Kommentar Art. 20 Anm. II 2; v. Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. V 5b, S. 599 - der BGH spricht allerdings nur von einem Einbruch in den Kernbereich. Auch das Bundesverfassungsgericht spricht einmal von der Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips, wenn zugunsten des Parlamentes ein Einbruch in den Kernbereich der Exekutive erfolge (so BVerfGE 9, 268 ff, 280; siehe aber auch BVerfGE 7, 183 ff, 188). Nach Wolff (I, 16 III a) darf keine Gewalt der für die Erledigung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden

unter Einbruch in den Kernbereich der Zuständigkeiten einer der beiden anderen Gewalten erfolge und eine irgendwie gear- tete Diktatur der einen über die andere(n) Gewalt(en) er- mögliche.

Auch das Bundesverfassungs- und das Bundesverwaltungs- gericht haben sich mit der Frage der unzulässigen Durchbre- chung der Gewaltenteilung im Zusammenhang mit dem Problem der Wahrnehmung von Doppelfunktionen befaßt.

So hat es das Bundesverfassungsgericht für einen Verstoß gegen das grundgesetzliche Prinzip der Gewaltenteilung gehalten, daß der Bürgermeister gemäß dem württemberg-badischen Gesetz Nr. 241 über die Friedensgerichtsbarkeit vom 29. 3. 1949 (RegBl. 47) Verwaltungsaufgaben und zugleich die Auf- gaben eines Friedensrichters wahrnehme ¹⁾, daß der Leiter des Landesamtes für Soforthilfe oder einer seiner Vertreter gem. dem Soforthilfegesetz des Wirtschaftsrates des Verei- nigten Wirtschaftsgebietes vom 8. 8. 1949 zugleich den Vor- sitz in den eingerichteten Beschwerdeausschüssen hatte ²⁾, daß Organe der Berufungskammer gem. dem rheinland-pfälzi- schen Landesgesetz über die Kammern der Ärzte, Zahnärzte, Dentisten, Apotheker und Tierärzte vom 1. 4. 1953 (GVBl. S. 33) auch bei den Berufsgerichten mitwirken konnten, so- weit sie kein führendes Amt bei der Kammer inne hatten ³⁾.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit der Rechts- natur der Beschwerdeausschüsse befaßt ⁴⁾. Seiner Ansicht nach besteht unter dem Gesichtspunkt einer Selbständigkeit der Gewalten kein grundsätzliches Bedenken dagegen, einem Richter - wenn seine Unabhängigkeit im übrigen gesichert ist - auch Verwaltungsaufgaben zu übertragen. Die Grenze für die Zulässigkeit einer solchen Vereinigung von recht- sprechender und verwaltender Tätigkeit liege aber da, wo der Beamte verwaltungsmäßig mit der Entscheidung von Rechts- fällen derselben Art befaßt werde, wie es ^{die} Seien, über welche er als Richter zu entscheiden habe.

1) So BVerfGE 10, S. 200 ff, 216, 217

2) So BVerfGE 4, S. 331 ff, 346 ff

3) So BVerfGE 18, S. 241 ff, 254 ff

4) So BVerwGE 1, S. 4 ff

In allen oben ausführlich zitierten Entscheidungen ging es jedoch darum, daß Organe der Verwaltung materiell eine Art "Rechtsprechung" ausübten. Der Schwerpunkt der Begründung dieser Entscheidung lag demnach darauf, die Rechtsprechung von der Verwaltung abzugrenzen, insbesondere festzustellen, ob die Verwaltung einen unzulässigen Einfluß auf die Rechtsprechung ausübte. Die Gerichte sahen die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung darin, daß den Organen, die die rechtsprechende Tätigkeit ausübten, die Unabhängigkeit, Neutralität und Objektivität fehlten.

Aus den obigen Erörterungen ist ersichtlich, daß nach den bisher vertreten Ansichten nicht jede Form des Eingriffs der einen Gewalt in die Befugnisse der anderen Gewalt dem Grundsatz der Gewaltenteilung widerspricht. Der Eingriff muß schon dazu führen, daß die einzelne Gewalt ihre Funktion, nämlich zur Mäßigung der Staatsmacht beizutragen, nicht mehr wahrnehmen kann. Bei Eingriffen in die Rechtsprechung ist dies sicherlich der Fall, wenn dadurch die Unabhängigkeit der Rechtsprechung beeinträchtigt wird; denn ohne Unabhängigkeit ist die Rechtsprechung, wie oben dargelegt worden ist, nicht in der Lage, die vollziehende und die gesetzgebende Gewalt zu kontrollieren.

Der Verwaltung ist eine solche Kontrollfunktion nicht eigen. Dieses Kriterium führt uns also nicht weiter.

Zum Wesen der Verwaltung gehört das Handeln, das Entwickeln einer eigenen Initiative, die Verfolgung eines Verwaltungszwecks, das Fortwährend-sich-weiter-Entwickelnde und die Abhängigkeit innerhalb der eigenen Organisation (siehe auch oben). Der besondere Inhalt staatsanwaltlicher Tätigkeit ist die Wahrnehmung von Strafverfolgungsaufgaben. Eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung wird zur Folge haben, daß der Staatsanwalt in der Beurteilung des von ihm Ermittelten durch die höchstrichterliche Rechtsprechung einer Beschränkung unterworfen ist. Die Initiative, die Befugnis, über die Fortsetzung des Verfahrens oder dessen Einstellung zu entschei-

den, ein Rechtsmittel einzulegen oder hierauf zu verzichten, ginge der Sache nach wenigstens teilweise auf das Gericht über. Die Auswahl bzw. Unterscheidung nach verfolgbaren und nicht verfolgbaren Sachverhalten würde u.a. auch von der Rechtsprechung bestimmt. Die Staatsanwaltschaft wäre, was den Bereich der Rechtsauslegung betreffe, nicht mehr Verwaltungs- sondern bloßes Rechtsvollziehungsorgan. Insoweit erweist sich also die Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung als eine bedenkliche Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft. Vom Gesichtspunkt der richtig verstandenen Gewaltenteilung aus ist dies ein Indiz dafür, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung keine über den Einzelfall hinausgehende Bindung der Staatsanwaltschaft bewirkt.

Eine abschließende Entscheidung läßt sich allerdings erst dann fällen, wenn auch der für die Abgrenzung des Umfanges der Gewaltenteilung bedeutsame Bereich der Rechtsprechung (Art. 92 ff GG) näher untersucht worden ist; denn die Zugehörigkeit der Staatsanwaltschaft zur Rechtspflege läßt es als denkbar erscheinen, daß der Zuständigkeitsbereich dieser Behörde durch das dem Richter zukommende Rechtsprechungsmonopol ¹⁾ in zulässiger Weise eingeschränkt wird. Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung könnte sich nämlich aus der Erwägung ergeben, daß entsprechend der Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt ausschließlich dem Richter anvertraut ist.

4. Die Bedeutung der Artikel 92 ff in Verbindung mit Artikel 20 Abs. 2 GG

Es bleibt also die Frage, ob sich die Bindung der Staatsanwaltschaft aus der Überlegung herleiten läßt, daß entsprechend der Gewaltenteilung gemäß Art. 20 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt ausschließlich in den Händen des Richters liegt.

1) Art. 92 GG

Der Bundesgerichtshof spricht in seiner Entscheidung vom 23. 9. 1960 ¹⁾ davon, daß die rechtsprechende Gewalt, sofern der Staatsanwalt der höchstrichterliche Rechtsprechung nicht beitrete, vermöge des Anklagemonopols des § 152 StPO ohne die Möglichkeit gerichtlicher Entscheidung blockiert wäre. Nowakowski ist an einer Stelle der Ansicht, es wäre nicht mit der Unabhängigkeit des Gerichts zu vereinbaren, wenn dessen Rechtsauffassung durch die einer anderen Stelle - sei es auch einer "Justizbehörde" - ersetzt und ausgeschaltet werden könnte. Damit seien Grenzen und Möglichkeiten einer Gesetzeswächterschaft der Staatsanwaltschaft gegenüber den Gerichten vorgezeichnet ²⁾. Einer ähnlichen Formulierung bedient sich Nüse, wobei er noch hinzufügt, damit stehe der aus dem Gleichheitssatz folgende Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG in Einklang, nach dem niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe ³⁾.

Es müssen hier drei Vorschriften des Grundgesetzes unterschieden werden, die zwar alle die rechtsprechende Gewalt betreffen, jedoch verschiedene Tatbestände regeln sollen: Artikel 92 in Verbindung mit Artikel 20 Abs. 2 Satz 2, Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 und Artikel 19 Abs. 4 Grundgesetz.

Gemäß Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. In Verbindung mit dem in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG anerkannten Grundsatz der Gewaltentrennung besagt diese Bestimmung, daß die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt keinem anderen Staatsorgan als dem Richter anvertraut werden darf ⁴⁾. Das Grundgesetz hat also für die Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt das "Richtermonopol" geschaffen ⁵⁾. Daraus dürfte zugleich folgen, daß ein Akt der

1) BGHSt 15, 155 ff

2) So Nowakowski, Gutachten, a.a.O., S. 21, 22

3) So Nüse, Zur Bindung der Staatsanwaltschaft ..., JR 1964, 281 ff, 282, 283

4) Vgl. OVG Münster, AS Bd. 5, S. 84 ff, 89; Hamann Art. 92 Anm. A 1; B 3; v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz Art. 92 Anm. 3, S. 500; W. Strauss, Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz, in SJZ 1949, S. 532 ff, 525; vgl. auch BGHZ 11, Anh. 36 ff, 50

5) Vgl. Hamann, Art. 92 Anm. B 3

Rechtsprechung für den einzelnen nur dann Verbindlichkeit erlangen kann, wenn er durch einen "Richter" vorgenommen wird ¹⁾. Da zur Rechtsprechung unzweifelhaft auch die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit gehört ²⁾, gewährleistet Art. 92 GG auch ein Strafmonopol der Richter ³⁾.

Im Zusammenhang mit diesem Thema interessiert nun die Frage, ob das Strafmonopol der Richter auch besagt, daß die Rechtsauslegung im konkret anhängigen Strafverfahren grundsätzlich Sache der Richter ist, daß diesen also in zweifelhaften Rechtsfragen die alleinige Entscheidungsbefugnis zukommt. Wäre dies der Fall, so müßte auch die Staatsanwaltschaft in der Auslegung des Rechts an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden sein. Sie könnte dann nicht entgegen der Meinung dieser Rechtsprechung ein Strafverfahren einstellen, da sie sonst der Entscheidung des Gerichts vorgreifen (= Vorgriffsverbot) würde. Das wäre aber ein Verstoß gegen Art. 92 GG.

Damit Art. 92 GG verletzt ist, müßte den Organen der rechtsprechenden Gewalt eine Tätigkeit, die in dem oben beschriebenen Sinne Rechtsprechung ist, entweder vorenthalten oder entzogen (Vorenthaltungs- und Entziehungsverbot) werden, oder die Organe der Rechtsprechung müßten in der Ausübung dieser Tätigkeit beeinträchtigt werden. Die drei Tatbestände werden sich, sofern sie in der Praxis vorkommen sollten, in der Regel überschneiden. Man kann jedoch drei Fälle unterscheiden: zunächst gibt es die Tätigkeit, die zwar materiell Rechtsprechungstätigkeit ist, nach dem Gesetz aber nicht-richterlichen Organen zugeteilt ist. Mit einer

1) So ähnlich Arndt, Anm. zu BGH NJW 1959, S. 1230 ff in NJW 1959, 1230, 1231; ihm zustimmend Hamann Art. 92 Anm. B 3; wohl etwas zu weit gehend Thomas Ellwein, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Köln und Opladen, 1965, S. 381, der von einem "ordnungsmäßig bestellten Richter" spricht

2) So BVerfGE 8, 197 ff, 207; 12, 264 ff, 274; mit näherer Begründung auch Bettermann, Der Schutz der Grundrechte..., S. 877

3) So wohl auch Bettermann, Der Schutz der Grundrechte ..., S. 876 f; vgl. auch derselbe, Die Unabhängigkeit der Gerichte..., S. 558; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Bd. I, Rdn. 8; a.A. wohl aber neuerdings derselbe in Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt ..., a.a.O., Spalte 1721

solchen Sachlage befassen sich die oben zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichtes. Diesen Tatbestand wird man als "Vorenthaltung" ansehen können. Dann kommt die Tätigkeit in Betracht, die materiell Rechtsprechungstätigkeit ist und nach dem Gesetz zunächst auch von richterlichen Organen ausgeübt wird, später aber durch Gesetz, auf Anweisung eines oberen oder obersten Staatsorganes oder aber durch tatsächliche Übung den Richtern genommen wird. Ein solcher Tatbestand wäre wohl als "Entziehung" zu bezeichnen. Schließlich müßte man die verschiedensten Möglichkeiten der Einflußnahme auf den Richter erwähnen, nämlich einmal die, die ihn teilweise oder ganz von anderen Organen oder Personen abhängig machen, zum anderen die Möglichkeiten der Beeinflussung, die ihm die Ausübung seines Amtes erschweren. Zu Letzterem kann z.B. gehören, daß man dem Richter einen unzureichenden Arbeitsplatz zur Verfügung stellt, daß man ihn nicht in angemessener Weise besoldet, oder daß man ihm zu viele oder zu verschiedenartige Aufgaben aufbürdet, deren er nicht Herr werden kann. Das wäre dann unter dem Begriff "Beeinträchtigung" zu fassen ¹⁾.

Wir haben oben die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, namentlich auch die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens, als Ausübung der vollziehenden Gewalt im materiellen Sinne gekennzeichnet. Somit ist das Strafverfahren, soweit es in der Hand der Staatsanwaltschaft liegt, ein verwaltungsmäßiges

1) Der Bundesgerichtshof (in seinem Urteil vom 13. 12. 1955, veröffentlicht in JZ 1956, S. 409) und Kern, Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. 3. 1956 in JZ 1956, S. 410, sehen in der Überlastung des Richters mit anderen Dienstgeschäften bereits eine Entziehung des gesetzlichen Richters entgegen dem Verbot des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Man wird jedoch mit Rücksicht auf die hauptsächlichliche Bedeutung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG als Zuständigkeitsgarantie sagen müssen, daß nur solche Fälle der "Überlastung" als "Entziehung" zu bezeichnen sind, in denen es dem Richter schlechthin unmöglich ist, überhaupt seine ihm eigentlich aufgetragenen Aufgaben zu erledigen. Ist der Richter dagegen nur überlastet, aber nicht schlechthin verhindert, seinen Dienstgeschäften nachzugehen, so verstößt das nicht gegen Art. 92 i.V. mit Art. 97 Abs. 1 GG

Vorschaltverfahren. Stellt die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren ein, so enthält sie dem Strafrichter nichts vor, da dieser, abgesehen von dem Fall, daß Gefahr in Verzug ist ¹⁾, gar nicht befugt wäre, eine entsprechende Tätigkeit im Ermittlungsverfahren vorzunehmen. Die Annahme einer "Entziehung" von richterlichen Aufgaben scheidet schon deshalb aus, weil die Ermittlungstätigkeit und damit auch die Befugnis zur Einstellung der Ermittlungen einen Verfahrensabschnitt betreffen, der außerhalb des Bereichs der Rechtsprechung liegt. Die Zuständigkeit der Rechtsprechung kann überhaupt erst dann berührt sein, wenn an sie von außen eine Rechtssache herangetragen wird, wenn es also um die Entscheidung über die Strafbarkeit eines bereits von der Staatsanwaltschaft für verfolgbar gehaltenen Tatbestandes geht. Der Beeinträchtigungstatbestand ist daher nicht gegeben.

Artikel 92 GG enthält auch keinen allgemeinen Grundsatz, daß die Rechtsprechung jede Rechtssache zum Zwecke der eigenen Entscheidung an sich zu ziehen hat oder an sich ziehen kann ²⁾. Art. 92 GG schafft nur eine Voraussetzung dafür,

1) § 165 StPO

2) Im Ergebnis derselben Ansicht Dünnebier, Die Bindung ... JZ 1961, S. 312 ff, 315; vgl. auch Holtkotten, in Bonner Kommentar, Art. 92 Anm. II 2 a, wo es heißt: "Die grundsätzliche Zweckbestimmung der Institutionen muß in der Wahrnehmung der rechtsprechenden Staatsfunktion in dem oben dargelegten Sinne bestehen, wenn diese auch nicht in jedem Einzelfall tatsächlich ausgeübt zu werden braucht". Dazu Göbel, Anklagezwang und Gewaltentrennung, in NJW 1961, S. 856 ff, 857: "M.a.W. bleibt die rechtsprechende Gewalt auch dann den Richtern anvertraut, wenn sie keine Gelegenheit zu ihrer Ausübung haben". Offen gelassen von Schäfer in Löwe-Rosenberg, Einleitung S. 121; - auf die Meinung, daß Rechtsprechung durch Verwaltungsbehörden zulässig ist, wenn gegen deren Entscheidung der Rechtsweg zulässig ist (so z.B. Maunz, Staatsrecht, S. 239, 240; vgl. auch die bei Bettermann, Der Schutz der Grundrechte ..., S. 876 Fußn. 545 angeführten Zitate) braucht daher nicht eingegangen zu werden

daß die rechtsprechende Gewalt in der Lage ist, ihre Funktionen wahrzunehmen. Insoweit handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine Funktionsgarantie ¹⁾. Die Funktionen selbst sind in Art. 92 GG nicht festgelegt. Sie ergeben sich - allerdings nur spärlich - aus Art. 20 Abs. 2, Art. 93, 95, 99, 100 und 104 Grundgesetz. Entsprechend dem oben entwickelten Begriff ist Rechtsprechung kritisches, in sich abgeschlossenes Entscheiden eines unbeteiligten, neutralen und unabhängigen Dritten über entgegengesetzte Interessen (siehe oben). Dies zu garantieren, ist Art. 92 GG geschaffen worden. Darüber hinaus sagt Art. 92 GG zum sogenannten "Richtermonopol" nichts aus. Insbesondere fehlt es auch an einem Hinweis, inwieweit die rechtsprechende Gewalt über die ihr zustehenden Aufgaben hinaus in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltung eingreifen darf.

Somit läßt sich feststellen, daß Art. 92 GG keine Deutung dahingehend zuläßt, die Staatsanwaltschaft sei hinsichtlich der rechtlichen Bewertung eines Ermittlungsergebnisses an die Gesetzesauslegung gebunden, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei früheren Entscheidungen in anderen Verfahren entwickelt worden ist.

Aus Art. 97 Abs. 1 GG, der die richterliche Unabhängigkeit garantiert, ist in diesem Zusammenhang nichts zu entnehmen ²⁾; denn eine Vorschrift, die bestimmte Modalitäten einer Tätigkeit regelt, kann, wenn die Tätigkeit als solche gar nicht berührt ist, nicht mehr aussagen, als die Grundvorschrift, die sich mit dieser Tätigkeit unmittelbar befaßt.

1) So Hamann, 9. Abschnitt, Die Rechtsprechung, S. 381

2) Im Ergebnis ebenso Herrmann, Referat D 49, 50; Nowakowski sieht dagegen die Unabhängigkeit der Gerichte beeinträchtigt (Gutachten S. 21). Auch er übersieht jedoch, daß die Staatsanwaltschaft gar nicht in das Strafmonopol der Gerichte eingreift (s.o.)

5. Die aus der Entscheidungsverantwortung zu folgernde Selbständigkeit der Staatsanwaltschaft

Beschäftigt sich die Untersuchung im Vorangegangenen mit der allgemeinen Einordnung staatsanwaltlicher Tätigkeit in die drei vom Grundgesetz vorgesehenen Organisationsformen staatlicher Betätigung, so soll im Folgenden der Frage des Verhältnisses staatsanwaltlicher zu gerichtlicher Tätigkeit auf dem Spezialgebiet des Strafverfahrens- und Gerichtsverfassungsrechtes nachgegangen werden. Es erscheint naheliegend, daß gerade die Bestimmungen, die sich mit den Aufgaben, Rechten und Pflichten der Staatsanwaltschaften als Strafverfolgungsorgan im Strafverfahren befassen, brauchbare Ansatzpunkte für eine Lösung der Frage ergeben, ob die Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist; denn diese Bestimmungen regeln die Aufteilung der Funktionen zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gericht und treffen damit am ehesten auch eine Aussage über die Entscheidungsabhängigkeit oder Entscheidungsfreiheit der Staatsanwaltschaft in Rechtsfragen.

Der Schwerpunkt staatsanwaltlicher Tätigkeit liegt im Ermittlungsverfahren. Die Staatsanwaltschaft hat Strafanzeigen und Strafanträge entgegenzunehmen und das Ermittlungsverfahren zu führen und zu leiten (§§ 160, 161 StPO). Sie entscheidet darüber, ob und in welcher Form die öffentliche Klage erhoben wird (§§ 152 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO). Ohne ihre Anklage findet in der Regel (ausgenommen das Privatklageverfahren und das Strafverfügungsverfahren) kein Strafverfahren statt (Akkusationsprinzip, §§ 151, 155, 264 StPO).

Die staatsanwaltlichen Aufgaben beschränken sich also nicht auf die Feststellung von Tatsachen, sie schließen auch deren rechtliche Würdigung in sich. Hier gebietet die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) der Staatsanwaltschaft, nur solche Erwägungen anzustellen,

die nach ihrer eigenen Überzeugung dem Recht entsprechen, das sie anzuwenden hat; denn die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidungen kann ihr ein Rechtssprechungsorgan nicht abnehmen.

Einmal folgt dies aus der Art und Weise, in der der Gesetzgeber in den oben genannten Bestimmungen die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft geregelt hat. Die Staatsanwaltschaft handelt weder im Auftrage noch unter Aufsicht eines Gerichts, das dann die Verantwortung für eine Entscheidung übernehmen könnte. Die in den oben genannten Bestimmungen der Staatsanwaltschaft eingeräumte Entscheidungsbefugnis ist auch keinerlei Einschränkung unterworfen, aus der man eine entsprechende Verlagerung der Verantwortung auf ein Gericht hätte entnehmen können. Schließlich haften weder die Staatsanwaltschaft insgesamt noch eines ihrer Organe dem im Einzelfall zuständigen oder irgendeinem anderen Gericht, abgesehen natürlich von solchen Fällen, in denen sich Beamte disziplinarrechtlicher bzw. strafrechtlicher Verstöße schuldig gemacht haben. Befaßt sich ein Gericht während des Verfahrens mit besagten Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, so betrifft dies immer die Sache selbst, d. h. die Verfolgung bzw. die Verurteilung des Beschuldigten bzw. Angeklagten, nicht die Verantwortlichkeit der Staatsanwaltschaft als Behörde oder deren einzelnen Vertreters.

In der Eigenverantwortlichkeit der Staatsanwaltschaft liegt kein Widerspruch zum Legalitätsprinzip. Das Legalitätsprinzip verpflichtet die Staatsanwaltschaft im Gegensatz zum Opportunitätsprinzip nur zum Handeln, zum Verfolgen und Einschreiten etc. Dieses "Prinzip will nichts anderes sein als ein Korrektiv gegen die Abhängigkeit eben der Strafverfolgungsbehörde" von der staatlichen Obrigkeit ¹⁾. Damit ist aber über die Voraussetzungen, unter

1) So Gerland auf dem 29. Deutschen Juristentag, vgl. Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages, 5. Band, Berlin 1909, S. 492

welchen die Verfolgungspflicht eintritt, materiell noch gar nichtsbestimmt ¹⁾.

Der Unterschied zwischen staatsanwaltlicher und richterlicher Tätigkeit besteht demnach nicht in der Verpflichtung zu gesetz- und rechtmäßigem Handeln - sie gilt für den Richter gemäß Art. 20 Abs. 2 GG in gleicher Weise -, sondern in den materiellen Voraussetzungen dieser Handlungspflicht. Der Richter entscheidet nur über die Fälle, die an ihn herangetragen werden. Er hat infolgedessen auch "nur" zu prüfen, inwieweit das Recht auf die in der Klage bezeichnete Tat und die durch die Klage beschuldigten Personen anwendbar ist (vgl. §§ 155, 264 StPO). Hingegen kann sich der Staatsanwalt auf eine Prüfung der Sachlage unter diesem Aspekt nicht beschränken. Er hat den materiellen Strafanspruch des Staates durchzusetzen. Er ist verpflichtet, die öffentliche Ordnung in Gestalt des geltenden Strafrechts durchzusetzen, d. h. den Täter, sofern er schuldig ist, der Bestrafung zuzuführen, wenn er aber nicht schuldig ist, ihn nicht weiter zu verfolgen bzw. seinen Freispruch zu veranlassen.

Enthält daher bereits die Zuständigkeitsregelung keine Vorschrift, die die Verantwortung für eine staatsanwaltliche Entscheidung ganz oder teilweise einem gerichtlichen Organ überträgt, so fehlt es darüberhinaus auf der Seite der Gerichtsbarkeit an dem Vermögen und der Bereitschaft, eine entsprechende Verantwortung zu übernehmen; denn die Entscheidung des Richters befaßt sich in erster Linie mit dem konkreten Fall und betrifft die Strafbarkeit des Angeklagten, nicht die Verfolgbarkeit des Beschuldigten. Außerdem hat auch kein Richter, sollte er selbst einem der oberen Gerichte angehören, die Absicht, auf Grund seiner Entscheidung zugleich die Verantwortung für etwaige seiner Ansicht folgende staatsanwaltliche Entscheidungen zu über-

1) So Gleispach auf dem 29. Deutschen Juristentag, vgl. Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentages, 5. Band, Berlin 1909, S. 443

nehmen. Eine möglicher Weise aus der Autorität und der Bedeutung des Gerichts und der Überzeugungskraft der Entscheidungsgründe in der Praxis folgende Bindungswirkung vermag zwar dem Richter auch eine Verantwortung aufzubürden. Hierdurch wird aber die Staatsanwaltschaft nicht von der ihrigen befreit.

6. Der Zusammenhang zwischen dem Grundsatz der Objektivität und der Entscheidungsfreiheit der Staatsanwaltschaft

Die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur unbedingten Gesetzesanwendung ist bereits erwähnt worden. Die Staatsanwaltschaft ist die Wächterin der Gesetze ¹⁾, sie hat darauf zu achten, daß das Strafverfahren nach rechtlichen Grundsätzen ("justizförmig") ²⁾ durchgeführt wird. Der Pflicht zur strengen Befolgung der Gesetze auf der einen Seite entspricht die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit ³⁾ auf der anderen Seite. Beide Verhaltensgebote lassen sich unter dem Gesichtspunkt der Objektivität zusammenfassen: Die Staatsanwaltschaft ist in ihrem gesamten Handeln und bei allen ihren Entscheidungen schlechthin zur Objektivität verpflichtet ⁴⁾. Gibt der Verfolgungszweck Grund und Ziel staatsanwaltlicher Tätigkeit an, so bestimmt die Wahrung der Objektivität ihren Inhalt und ihre Grenze.

Die Pflicht zur Wahrung der Objektivität hindert den Staatsanwalt nicht daran, sich bei der Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen der Ansicht einer höchstrichterlichen Rechtsprechung anzuschließen. Eine Bindung an eine

1) Vgl. Mittermaier, Die Mündlichkeit ..., S. 319

2) Vgl. Mittermaier, Die Mündlichkeit ..., S. 319

3) Vgl. §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 2 StPO

4) Vgl. Kern, Strafverfahrensrecht, S. 38; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 170; Görcke, Weisungsgebundenheit und Grundgesetz in ZStW 1961, S. 571; Traub, Anklagemonopol und Anklagezwang der Staatsanwaltschaft in JuS 1961, S. 259, 260; Nowakowski, Gutachten, S. 20, siehe hierzu auch die §§ 160 Abs. 2, 296 Abs. 2 StPO

solche Rechtsprechung oder an die zu erwartende Ansicht eines im Einzelfall zuständigen Gerichts würde hingegen bedeuten, daß der Staatsanwalt ungeachtet noch bestehender sonstiger Rechtsansichten eine bestimmte Rechtsansicht seiner Entscheidung zugrundelegen muß. Soweit dem Staatsanwalt damit die Möglichkeit genommen ist, selbst eine Entscheidung zu treffen, soweit er also eine bereits vorhandene fremde Entscheidung kritiklos übernehmen muß, vermag er auch nicht mehr auf die Objektivität einer solchen Entscheidung Einfluß zu nehmen. Der Staatsanwalt könnte dann eine Pflicht zur Einhaltung der Objektivität gar nicht nachkommen. Wendet man hiergegen ein, die höchstrichterliche Rechtsprechung und auch der einzelne Richter bilde sich seine Ansicht, an die der Staatsanwalt gebunden sein soll, unter Wahrung strengster Objektivität, der Staatsanwalt brauche somit nur eine "objektive" Entscheidung zu übernehmen, so wäre auch dann der Staatsanwalt nicht von seiner eigenen Pflicht zur Wahrung der Objektivität befreit. Mag gerade eine solche Ansicht unter Berücksichtigung aller Umstände das Gesetz denkbar bestens interpretieren, so bleibt sie jedoch mangels der Beweisbarkeit einer solchen Tatsache immer nur die Ansicht eines oder mehrerer Richter und somit subjektiv. Der Staatsanwalt trägt daher weiterhin die Verantwortung, auch wenn er sich an eine dem Anschein nach "objektive" Entscheidung anlehnt.

Nowakowski unterliegt also einem Trugschluß, wenn er u.a. seine Ansicht von der Bindung der Staatsanwaltschaft in Rechtsfragen damit begründet, daß es, historisch gesehen, bei der Schaffung der Staatsanwaltschaft als einer dem Gericht gegenüber selbständigen Sachbehörde darum gegangen sei, durch Trennung der Funktionen die Objektivität der richterlichen Prüfung zu gewährleisten ¹⁾; Nowakowski schließt hier aber in unzulässiger Weise von der Garantie der Objektivität richterlicher Prüfung auf eine Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft, da so die Verpflichtung

1) Vgl. Nowakowski, Gutachten, S. 18

der Staatsanwaltschaft zur Objektivität eingeschränkt würde. Eine solche Einschränkung ist jedoch nach den die Aufgaben und die Stellung der Staatsanwaltschaft regelnden Vorschriften nicht zulässig (s.o.). Man kann dem auch nicht, wie Nowakowski ¹⁾ es tut, entgegenhalten, da auch das Gericht auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtet sei, wäre dieser Gesichtspunkt nicht preisgegeben, wenn sich die Staatsanwaltschaft nach der Rechtsprechung zu richten haben sollte; denn die Verantwortung für die Durchsetzung von Wahrheit und Gerechtigkeit hat zunächst einmal die Staatsanwaltschaft selbst, und zwar neben dem Gericht, nicht gegenüber dem Gericht. Infolgedessen kann diese Verantwortung auch nicht von dem einen auf das andere Strafverfahrensorgan ganz oder teilweise übertragen werden.

Objektivität in bezug auf die Tätigkeit des Staatsanwalts kann demnach, braucht aber keineswegs schon dadurch verwirklicht zu sein, daß dieser an eine höchstrichterliche Rechtsprechung oder die vermutliche Ansicht eines Gerichts im Einzelfall gebunden ist. Eine solche Bindung garantiert nur, daß der Staatsanwalt die bei seinen Entscheidungen auftauchenden Rechtsfragen im Sinne dieser Rechtsprechung bzw. des betreffenden Gerichts, das gerade für den Fall zuständig ist, beantwortet. Somit läßt sich aus der Verpflichtung des Staatsanwalts zur Objektivität nicht die Forderung nach einer Bindung herleiten.

Im übrigen würde eine in Rechtsfragen selbständig entscheidende Staatsanwaltschaft zumindest in zwei Fällen des Verfahrensablaufs dazu beitragen, Objektivität im Strafverfahren in hohem Maße zu gewährleisten ²⁾; denn bei einer Anklageerhebung und bei einer Rechtsmitteleinlegung entgegen der Rechtsansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung bzw. der Ansicht des im Einzelfall entscheidenden Gerichts käme es zu einer Gegenüberstellung verschiedener Rechtsansichten in der Hauptverhandlung. Dies wäre für die Gewinnung einer

1) Vgl. Gutachten, S. 12

2) So wohl auch Herrmann, Referat, D 59

objektiven Entscheidung besonders zuträglich ¹⁾).

7. Die selbständige verfahrensrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Gericht

Außer durch die Aufgabe der Strafverfolgung und durch die Verpflichtung zur Objektivität ist die Staatsanwaltschaft insbesondere durch ihre verfahrensrechtliche Stellung gegenüber dem Gericht gekennzeichnet. Der Beginn und der Umfang der gerichtlichen Untersuchung sind in der Regel von der Klage der Staatsanwaltschaft abhängig ²⁾. Eine Hauptverhandlung kann nicht stattfinden, wenn kein Staatsanwalt anwesend ist ³⁾. Die Staatsanwaltschaft kann zugunsten und zuungunsten des Beschuldigten ein Rechtsmittel einlegen oder die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen ⁴⁾. Außerdem hat sie in der Regel das Strafurteil zu vollstrecken (vgl. § 451 StPO). Die Staatsanwaltschaft arbeitet also aufs engste mit dem Gericht zusammen.

Infolgedessen stellt man sich die Frage, ob man wie z.B. Nowakowski ⁵⁾, Sax ⁶⁾ und Nüse ⁷⁾ in dem engen Zusammenhang staatsanwaltlicher und gerichtlicher Tätigkeit ein Argument für die Bindung der Staatsanwaltschaft in Rechtsfragen sehen kann. Sicherlich würde für eine solche Bindung sprechen, wenn besagte Zusammenarbeit zwischen dem Gericht und der Staatsanwaltschaft in der Weise geregelt wäre, daß die Staatsanwaltschaft eine Art gerichtliches Hilfsorgan mit Zuträgerfunktion wäre, das dem Gericht das Herbeischaffen der Tatsachen und Beweismittel im Wesentlichen abzunehmen habe. Schon die Erörterungen der Pflichten und Rechte der Staatsanwaltschaft als Verfolgungsorgan hat jedoch gezeigt, daß die Staatsanwaltschaft ein durchaus selbständiges Organ

1) Dem stimmt Nowakowski zu, vgl. z. B. Nowakowski, Gutachten, S. 20

2) Akkusationsprinzip, §§ 151, 152 Abs. 1, 170 Abs. 1, 155 StPO, siehe auch §§ 212, 212 a StPO

3) Vgl. §§ 226, 227 StPO

4) Vgl. §§ 296, 365 StPO

5) Vgl. Nowakowski, Gutachten, S. 12 ff, 17 ff

6) Vgl. Sax in Müller-Sax (KMR), S. 32 f

7) Vgl. Nüse, D 81, 82

mit eigenen Entscheidungsbefugnissen ist (s.o.).

Auch das Ineinandergreifen staatsanwaltlicher Tätigkeit einerseits und gerichtlicher Tätigkeit andererseits, das System des Sich-gegenseitig-Bedingens beider Tätigkeiten spricht für die Annahme, daß die Staatsanwaltschaft im Strafprozeß selbständige Funktionen wahrzunehmen hat; denn besagter Zusammenhang zwischen den Tätigkeiten beider Behörden beruht nicht auf einer Parallelität der Funktionen, auf einer standortmäßigen (nicht wertmäßigen) Gleichstufigkeit ¹⁾, sondern ergibt sich ganz natürlich aus dem Verhältnis von Voraussetzung und Folge, in dem beide Tätigkeiten zueinander stehen, sowie aus der rein funktional gemeinten Beziehung der Vor- und Nachrangigkeit beider Tätigkeiten (es handelt sich also mehr um ein "Hintereinander", ein Aufeinanderfolgen). Staatsanwalt und Gericht haben nicht die gleichen Aufgaben, sondern korrespondierende Aufgaben. Die Rechtsprechung bedarf der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, um ihrerseits die ihr selbst übertragenen Aufgaben wahrnehmen zu können.

Als der Gesetzgeber die Aufgabe, die Funktionen der Strafrechtspflege wahrzunehmen, zwei verschiedenen Organen zuwies, hat er nur eine Aufteilung von Zuständigkeiten ²⁾, eine Arbeitsteilung ³⁾ vornehmen wollen. Es war nicht seine Absicht, die Gerichte gegenüber der Staatsanwaltschaft oder die Staatsanwaltschaft gegenüber den Gerichten zu bevorzugen und dem einen Organ einen über die im Rahmen seiner Zuständigkeiten liegenden Rechte hinausgehenden Einfluß auf das andere Organ einzuräumen. Entsprechende Versuche sind immer erfolglos geblieben. ⁴⁾.

1) Lüttger, Diskussion D 76 spricht an einer Stelle von einem "gleichgeordneten Nebeneinander"

2) Vgl. Herrmann, Referat D 50

3) So Nowakowski, Gutachten, S. 24; Eb. Schmidt, Lehrkommentar I S. 78

4) Vgl. Carsten, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft, S. 44, 50, 52, 53, 61, 100; siehe auch Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 338; Nowakowski, Gutachten, S. 19, 20

Infolgedessen erklärt sich der enge Zusammenhang staatsanwaltschaftlicher und gerichtlicher Tätigkeit aus rein verwaltungsorganisatorischen Zweckmäßigkeitserwägungen (vgl. auch oben S. 46). Die Staatsanwaltschaft ist die Behörde, die aus dem Gesichtspunkt der Konzentration und Rationalisierung vom Gesetzgeber bevorzugt mit den Aufgaben der Strafverfolgung betraut ist. Da die Strafverfolgung notwendigerweise auf eine gerichtliche Entscheidung hin ausgerichtet ist, ergibt sich der enge Kontakt zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht als Folge der organisatorischen Verteilung der Kompetenzen im Strafverfahrensrecht auf diese beiden Behörden, er ist nicht ihr Grund. Daher wird man aus dem engen Zusammenhang nicht den Schluß ziehen können, das Gericht sei im Bereich der Strafverfolgung für die Auslegung von Rechtsfragen allein zuständig und die Staatsanwaltschaft unterliege insoweit in ihren Entscheidungen einer Bindung an Präjudizien.

Dies zeigt sich auch darin, daß der Gesetzgeber in Sonderfällen der Polizei ähnliche Aufgaben wie der Staatsanwaltschaft übertragen hat ¹⁾, hier jedoch keineswegs an eine Bindung bei der Entscheidung von Rechtsfragen gedacht hat.

Der Grundsatz, daß staatsanwaltschaftliche und gerichtliche Funktionen einander sinnvoll ergänzen, ohne daß das eine Organ in die Zuständigkeit des anderen Organes eingreift, gilt auch dort, wo die Staatsanwaltschaft bestimmte Tätigkeiten nicht ohne die Mitwirkung des Gerichtes (z.B. Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren ²⁾, Zwangsmaßnahmen und Ordnungsstrafen gegen widerspenstige Zeugen oder Sachverständige ³⁾, Beschlagnahme, Durchsuchung usw. ⁴⁾) bzw. das Gericht bestimmte Tätigkeiten nicht ohne Zustimmung

1) §§ 158 Abs. 1, 163 Abs. 1, 2, 413 StPO

2) 65 ff StPO

3) 51, 70, 71 StPO

4) 98 Abs. 1, 105 Abs. 1, 110 Abs. 1, 111a Abs. 1, 114 Abs. 1, 115 Abs. 1, Abs. 2, 115a Abs. 1, Abs. 2 StPO

der Staatsanwaltschaft vornehmen kann (z.B. Einstellung des Verfahrens nach Erhebung der Klage ¹⁾). Alle diese Fälle sind nur Ausdruck der oben beschriebenen Funktions-
teilung zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft: Die Staatsanwaltschaft soll sich auf die Strafverfolgung be-
schränken; innerhalb des Ermittlungsverfahrens bereits
notwendig werdende Eingriffe in die Grundrechte des Be-
troffenen müssen aus staatsrechtlichen Gründen der Ent-
scheidung des Gerichts vorbehalten bleiben ²⁾.

Dagegen ist die Einstellung der Strafverfolgung in er-
ster Linie Aufgabe der Staatsanwaltschaft; denn sie ist
die Herrin des Ermittlungsverfahrens. Ihrer Zustimmung be-
darf es daher auch dann, wenn die Durchführung des Verfah-
rens bereits in die Hände des Gerichts übergegangen ist ³⁾.

Demnach geht der Sinn und Zweck der gesetzlichen Rege-
lung in den aufgezählten Fallgruppen nicht dahin, jeweils
der Staatsanwaltschaft die Kontrolle über das Gericht,
oder dem Gericht die Kontrolle über die Staatsanwaltschaft
einzuräumen ⁴⁾. Unter Kontrolle versteht man den Fall, daß

1) §§ 153 Abs. 3, 153 a Abs. 2, 153 c, Abs. 3, 154 Abs. 2, 154 b Abs. 4 StPO

2) Vgl. Bettermann, Der Schutz der Grundrechte ..., a.a.O., S. 877 sagt allerdings einschränkend die Untersagung der Berufsausübung und die Entziehung der Kraftfahr-
erlaubnis seien keine typischen oder spezifischen Er-
scheinungsformen der Strafgewalt

3) Dünnebier, a.a.O., JZ 1961, S. 312, sagt dazu, bei dem Verfahren nach § 153 Abs. 3, § 153a Abs. 2, § 154 Abs. 2, § 154b Abs. 4 sei Essentiale nicht die gerichtliche Entscheidung, sondern die staatsanwaltliche Zustimmung. Später heißt es, daß das Gericht auch die Klage zu ent-
scheiden habe, aber nicht über sie verfügen dürfe Zwar umfasse die gerichtliche Verfahrensherrschaft nicht die Verfügung über die Klage, aber wegen des Ansehens des Gerichts müsse dafür Sorge getragen werden, daß ihm nach Übergang der Verfahrensherrschaft kein Verfahrens-
gegenstand ohne seine Zustimmung entzogen werden könne (313)

4) So aber z.B. Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft..., S. 43 bezüglich des Anordnungsrechtes des Richters bei Verhaftung, Durchsuchung und Beschlagnahme; a.A., aller-
dings nicht speziell im Zusammenhang mit den hier erör-
terten Vorschriften wohl Eb. Schmidt, Einführung in die
Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 330;
derselbe in Lehrkommentar I S. 79

ein Organ überprüft, ob das andere sich im Rahmen seiner Zuständigkeiten hält, und bei Bedarf in die fremden Zuständigkeitsbereiche eingreift. Hier greift weder die Staatsanwaltschaft in die Zuständigkeit des Gerichts noch das Gericht in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft ein, sondern beiden Behörden sind von vornherein die Zuständigkeiten - hier das Recht der Einstellung der Strafverfolgung, dort die Befugnis, über Eingriffe in die Grundrechte des Beschuldigten zu befinden - der Sache nach eingeräumt.

8. Die Fälle des § 207 Abs. 3 in Verbindung mit
Abs. 2 Nr. 1 und 2 und des § 208 Abs. 2 StPO

Ähnlich ist die Rechtslage in den die §§ 207 Abs. 3
1. V. m. Abs. 2 Nr. 1 und 2 und 208 Abs. 2 StPO betreffenden Fällen. Beide Bestimmungen sehen vor, daß die Staatsanwaltschaft unter besonderen Voraussetzungen verpflichtet ist, eine Anklageschrift entsprechend einem Gerichtsbeschuß einzureichen. Offensichtlich liegt hier der äußeren Form nach eine Einflußnahme des Gerichts auf eine wichtige Entscheidung der Staatsanwaltschaft vor. Der Sache nach handelt es sich hingegen keineswegs um einen Eingriff des Gerichts in die Zuständigkeiten der Staatsanwaltschaft, sondern um eine Regelung, die der oben erläuterten Aufteilung der Funktionen zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht entspricht. Die Staatsanwaltschaft ist nämlich in dem hier zu erörternden Stadium ihrer Aufgabe, die öffentliche Klage zu erheben, bereits nachgekommen. Sie hat eine Anklageschrift eingereicht bzw. den Antrag auf Eröffnung der Voruntersuchung gestellt (§§ 170, 178 ff StPO) und damit bereits selbständig ihre Entscheidung dahingehend getroffen, daß ein gerichtliches Verfahren eingeleitet werden soll. Mit der Eröffnung der Voruntersuchung bzw. des Hauptverfahrensverfahrens geht die Dispositionsbefugnis über das Verfahren auf das Gericht über ¹⁾. Das Gericht ist also

1) Vgl. §§ 156, 184, 203 StPO

für Entscheidungen, die den Verfahrensgegenstand betreffen, zuständig. Der Umfang dieser Zuständigkeit des Gerichts wird weder durch § 207 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 und 2 noch durch § 208 Abs. 2 StPO zu Lasten des Zuständigkeitsbereiches der Staatsanwaltschaft erweitert. Soweit das Gericht gem. § 207 Abs. 2 Nr. 1 StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt, handelt es sich um die Ausübung einer Entscheidungsgewalt, die ihm ohnehin gemäß den §§ 204, 210 Abs. 2 StPO zusteht. Für die Beschränkung auf einzelne alternative Teile einer Tat gemäß § 207 Abs. 2 Nr. 2 StPO bedarf das Gericht der Zustimmung der Staatsanwaltschaft ¹⁾, da diese, wie oben erläutert worden ist, in erster Linie den Umfang der gerichtlichen Untersuchung zu bestimmen hat ²⁾. Die Rechte der Staatsanwaltschaft sind also insoweit gewahrt. Zur Einbeziehung von seitens der Staatsanwaltschaft ausgeschiedenen Teilakten (§ 207 Abs. 2 Nr. 2 StPO) ist das Gericht gemäß § 206 StPO zuständig, da es den historischen Vorgang in seiner Gesamtheit erfassen muß. Andernfalls besteht die Gefahr, daß die Strafklage auch hinsichtlich nicht vom Urteil erfaßter Teilakte verbraucht ist. Es können also nur solche Teilakte vom Gericht wieder aufgenommen werden, die in den Rahmen der von der Staatsanwaltschaft zur Anklage gebrachten Tat fallen. Das Recht des Gerichts zur Einbeziehung solcher Teilakte beeinträchtigt also nicht die Befugnis der Staatsanwaltschaft, den Umfang der Untersuchung festzulegen.

Die Befugnis des Gerichts, das Hauptverfahren entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft gemäß § 208 StPO zu eröffnen, folgt aus der Zuständigkeit des Gerichts, nach Eröffnung der Voruntersuchung den Gang des Verfahrens zu bestimmen ³⁾. Auch hier wird also nicht in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft eingegriffen.

Soweit also das Gericht in den Fällen der §§ 207 Abs. 3

1) § 154 a Abs. 2 StPO

2) § 155 Abs. 1 StPO

3) §§ 156, 184 StPO

i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 und 2 und § 208 StPO den Gang des Verfahrens bestimmt, entspricht dies durchaus der Aufteilung der Funktionen im Strafverfahren zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht.

Diese Vorschriften können also insoweit nicht herangezogen werden, um eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung zu rechtfertigen.

Es könnten sich jedoch Bedenken ergeben, soweit die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, eine Anklageschrift einzureichen, die ihrem Inhalt nach nicht deren Überzeugung entspricht. Hier wird dem Staatsanwalt ein Handeln vorgeschrieben, das im Widerspruch zu seinen Verfolgungsaufgaben steht. Kohlhaas ¹⁾ sagt bezüglich des Falles in § 208 Abs. 2 StPO, daß der Staatsanwalt eigentlich gar nicht gezwungen werden könne, eine Anklageschrift vorzutragen, die gegen sein eigenes Gewissen gehe und die er nicht vertreten wolle. Dennoch widerspricht auch diese Regelung nicht der Aufteilung der Funktionen zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft. Die Entscheidungsgewalt ist mit der Eröffnung der Voruntersuchung bzw. ^{des} Hauptverhandlungsverfahrens auf das Gericht übergegangen (s.o.). Ein Eingriff des Gerichts in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft liegt also nicht vor. Man kann die vorliegende Regelung mit der in § 358 Abs. 1 StPO vergleichen. Nach dieser Vorschrift ist in den Fällen der Zurückverweisung der künftige Tatrichter an die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Urteils zugrundeliegt, gebunden. Auch hier muß also ein grundsätzlich unabhängiges Organ möglicherweise gegen seine eigene Überzeugung entscheiden ²⁾. Die eigene Überzeugung ist im geltenden Recht also keineswegs ein unantastbares Tabu.

Da die Anklageschrift dem Gerichtsbeschuß entsprechen muß und Abweichungen nicht möglich sind ³⁾, fehlt ihr jede

1) In Löwe-Rosenberg, Ergänzungsband § 208 Anm. 6

2) Auch ein Richter, der in einer Kammer oder einem Senat überstimmt worden ist, muß gegen seine Überzeugung mit den anderen Richtern entscheiden

3) Kleinknecht räumt der Staatsanwaltschaft allerdings das Recht ein, "in der nachträglichen Anklageschrift die prozessuale Entwicklung darzustellen" (vgl. Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, § 208 Anm. 4)

sachliche Bedeutung. Das Gericht bringt praktisch die Sache selbst zur Anklage, ohne aber äußerlich in die Rolle des Anklägers hineinzuschlüpfen. Die §§ 207 Abs. 3 und 208 Abs. 2 StPO tragen daher nur einer vielleicht etwas übersteigerten verfahrensrechtlichen Form Rechnung ¹⁾.

Abgesehen davon betreffen die zitierten Paragraphen die Bindung der Staatsanwaltschaft in einem konkreten, schon rechtshängigen Einzelfall. Hier geht es dagegen um die Frage, ob die Staatsanwaltschaft in noch nicht rechtshängigen Fällen an frühere Entscheidungen der Gerichte in anderen Fällen gebunden ist. Sinn und Zweck der auf eine besondere verfahrensrechtliche Situation zugeschnittenen Bindungsregelung stehen daher deren Übertragung auf eine in ihren Wirkungen so weitgehende Bindung der Staatsanwaltschaft an die Rechtsprechung entgegen. Infolgedessen läßt sich aus dieser Regelung nicht die Ansicht des Gesetzgebers herleiten, er habe mit der Schaffung dieser Vorschriften dem allgemeinen Grundsatz entsprechen wollen, daß den Gerichten bezüglich der Rechtsauslegung gegenüber der Staatsanwaltschaft der Vorrang zukomme ²⁾.

1) Mit Recht weisen deshalb auch Sax in Müller-Sax (KMR) § 207 Anm. 2b, S. 661 und Peters in Strafprozeß, S. 397 für das Verfahren gemäß § 207 Abs. 3 StPO auf den deklaratorischen Charakter der zweiten Anklageschrift hin. Bezüglich des § 208 Abs. 2 StPO sieht Eb. Schmidt in Lehrkommentar, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II, § 208 Rdn. 17, in der geforderten Einreichung einer Anklageschrift nur einen rein formellen Effekt, der darin besteht, daß in der Hauptverhandlung der Anklagesatz aus einer Anklageschrift der Staatsanwaltschaft verlesen werden könne

2) Für den Fall des § 208 StPO im Ergebnis ähnlich das OLG Kassel in seiner Entscheidung vom 18. 3. 1892 (es handelte sich seinerzeit allerdings um den insoweit gleichlautenden § 206 StPO, den Vorgänger des jetzigen § 208 StPO), veröffentlicht in GA 1892 (40), S. 183 f; zustimmend Olbricht, Konflikt zwischen der Strafkammer und der Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens in GA 1908 (55), S. 206 ff, 209 ff; desgleichen im Ergebnis ebenso Lüttger, Der "genügende Anlaß" ..., a.a.O., SA 1957, S. 211, 212, und Herrmann, Referat a.a.O., D 50; anderer Ansicht für den Fall des § 208 StPO z.B. Nüse, a.a.O., JR 1964, S. 285, 286; BGHSt 15, S. 160; zunächst offen gelassen von Nowakowski, Gutachten a.a.O., S. 30; auf Grund seiner Meinung, daß die Staatsanwaltschaft grundsätzlich an die höchstgerichtliche Rechtsprechung gebunden sei, wird man ihn auch für einen Vertreter der Gegenansicht halten müssen

9. Das Klageerzwingungsverfahren

Zum Teil wird von den Anhängern der Meinung, daß die Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung gebunden sei, auch auf das Klageerzwingungsverfahren (§§ 172 - 177 StPO) hingewiesen ¹⁾. Ein solcher Zusammenhang wäre nur dann denkbar, wenn das Klageerzwingungsverfahren einmal zu dem Zweck geschaffen worden wäre, dem Gericht eine Kontrolle darüber einzuräumen, ob die Staatsanwaltschaft bei der Einstellung des Ermittlungsverfahrens die gesetzlichen Vorschriften eingehalten hat. Zum anderen müßte sich dann daraus der allgemeine Rechtsgrundsatz ergeben, daß das Gericht gegenüber der Staatsanwaltschaft ein Rechtsauslegungsmonopol besitzt.

Das Klageerzwingungsverfahren dient zunächst dem berechtigten Interesse des von der Tat Betroffenen, des Verletzten (vgl. § 172 Abs. 1 StPO). Dieser kann bei der Staatsanwaltschaft die Erhebung der öffentlichen Anklage beantragen. Gibt die Staatsanwaltschaft dem Antrag keine Folge oder verfügt sie nach Abschluß der Ermittlungen die Einstellung des Verfahrens, so hat sie den Verletzten unter Angabe der Gründe zu bescheiden (vgl. § 170 StPO). Wird die vom Verletzten gegen den Bescheid bei dem vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft eingelegte Beschwerde wiederum abgelehnt, so kann der Verletzte binnen einem Monat nach der Bekanntmachung gerichtliche Entscheidung beantragen (§ 172 Abs. 2 StPO).

Sinn und Zweck des Klageerzwingungsverfahrens ist, dem Verletzten die Möglichkeit einzuräumen, unter den im Gesetz bestimmten Voraussetzungen einen Sachverhalt auch gegen den Willen der Staatsanwaltschaft vor das zuständige Gericht zu bringen. Das Klageerzwingungsverfahren ist demnach eine

1) So BGHSt 15, 160; vgl. auch Schwalm, Referat D 29, 32 f; Nüse, Zur Bindung der Staatsanwaltschaft ... JR 1964, 285. OLG Neustadt in HESTr 3, S. 26 (24); ähnlich schon OLG Dresden, in JW 1935, 309 ff, 310

Durchbrechung des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft ¹⁾.

Grundsätzlich vertritt das dafür zuständige Organ des Staates, die Staatsanwaltschaft die staatlichen Interessen der Strafverfolgung. Durch die Staatsanwaltschaft entscheidet der Staat, ob im Einzelfall ein verfolgbares Verhalten des Täters vorliegt. Eine unvollkommene oder falsche Beurteilung des Tatgeschehens kann jedoch dazu führen, daß der Staat den Täter nicht verfolgt. Im Klageerzwingungsverfahren hat sich der Gesetzgeber nun dafür entschieden, daß dem Interesse des durch die Tat Verletzten an der Bestrafung des Täters ²⁾ unter bestimmten Voraussetzungen der Vorrang gebührt vor dem Interesse des Staates, nur diejenigen Vorgänge vor die Strafgerichte zu bringen, die seine dafür zuständigen Organe für verfolgbar halten ³⁾. Das Schwergewicht der gesetzlichen Regelung liegt also darin, dem Einzelnen in einer besonderen

-
- 1) So mit Recht Dünnebier, a.a.O., JZ 1961, S. 312 mit dem Hinweis, daß das Klageerzwingungsverfahren der im Kompromiß verbliebene Rest einer erstrebten subsidiären Privatklage sei; vgl. auch derselbe in JR 1959, S. 47 ff. Das wiederholte Klageerzwingungsverfahren S. 48; von dem Klageerzwingungsverfahren als subsidiärer Privatklage spricht auch Herrmann, Referat, a.a.O., D 50
 - 2) Eb. Schmidt, Lehrkommentar I: Rdn. 386, spricht von einem "Vergeltungsbedürfnis"
 - 3) Die Ansicht Hardwigs, Die Wiederholung von Klageerzwingungsverfahren, in GA 1959, S. 229 ff, 234, das Klageerzwingungsverfahren liege zugleich im Interesse der Allgemeinheit, ist abzulehnen. Die Interessen der Allgemeinheit vertritt der Staatsanwalt. Sie könnten auch durch eine Popularklage verwirklicht werden. Das Interesse des Verletzten braucht und wird sich in der Regel keineswegs mit dem Interesse der Allgemeinheit decken. Ein allgemeines Interesse dürfte nur insoweit bestehen, als ein Gerichtsverfahren stattfindet und ein gerechtes Urteil angestrebt wird. Dies Interesse besteht aber schlechthin bei jedem gerichtlichen Verfahren, z. B. auch dem Privatklageverfahren und dem Zivilverfahren

Form eine Art "Rechtsschutz" ¹⁾ zu gewähren. Dieses "Rechtsschutzes" bedarf der Verletzte nicht, wenn die Tat ein Privatklagedelikt ist (§ 374 StPO), da es dann der Verletzte in der Hand hat, ohne vorherige Anrufung der Staatsanwaltschaft ein gerichtliches Verfahren herbeizuführen. Für diesen Fall ist das Klageerzwingungsverfahren daher ausgeschlossen (§ 172 Abs. 2 Satz 2 StPO). Von der grundsätzlichen Entscheidung des Gesetzgebers, dem Verletzten diesen Rechtsschutz zu gewähren, wird in § 172 Abs. 2 Satz 2 StPO allerdings insoweit eine Ausnahme gemacht, als das Klageerzwingungsverfahren dann ausgeschlossen ist, wenn die Staatsanwaltschaft die Einstellung des Verfahrens mit Ausnahmen vom Legalitätsprinzip begründet hat (vgl. § 153 Abs. 1, Abs. 2 StPO: Die Schuld des Täters ist gering, und es besteht kein öffentliches Interesse an der Verfolgung; § 153 a Abs. 1: Absehen von Strafe; § 153 b; Absehen von der Verfolgung bei Auslandstaten; § 154 Abs. 1: Einstellung hinsichtlich unwichtiger Nebentaten; § 154 b: Absehen von Klageerhebung bei Auslieferung und Ausweisung; § 154 c: Absehen von der Verfolgung gegenüber dem Opfer einer Nötigung oder Erpressung). Hier verbietet das öffentliche Interesse die Einschaltung des staatlichen Strafverfolgungsorganes.

Man kann das Klageerzwingungsverfahren mit der verwaltungsrechtlichen Untätigkeitsklage vergleichen ²⁾. Dort hat der einzelne Staatsbürger, der sich durch das Untätigbleiben einer Behörde in seinen subjektiven Rechten beeinträchtigt fühlt, die Möglichkeit, das Verwaltungsgericht anzurufen. Das Gericht überprüft den Sachverhalt und hält gegebenenfalls die Behörde zu pflichtgemäßem Tätigwerden an.

-
- 1) Kern, Strafverfahrensrecht, S. 173, spricht in seinen Erläuterungen zur Geschichte des Klageerzwingungsverfahrens davon, daß bei Schaffung der gesetzlichen Vorschriften dem Reichstag ein besonderer Schutz gegen Justizverweigerung in Strafsachen erforderlich schien
- 2) OLG Celle in JZ 1952, S. 488 f (489)

Ist bei der Untätigkeitsklage Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung der Anspruch des Klägers auf den beantragten bestimmten Verwaltungsakt, so hat das Gericht im Klageerzwingungsverfahren über den persönlichen Verfolgungsanspruch des Verletzten zu entscheiden. In beiden Fällen geht es also um das Recht des Einzelnen, ungeachtet des Willens der an sich zuständigen Behörde seinen Anspruch bei Gericht durchzusetzen.

Da sowohl bei der Untätigkeitsklage als auch bei dem Klageerzwingungsverfahren Voraussetzung für eine Entscheidung im Sinne des Antragstellers ist, daß das Verhalten der Behörde bzw. der Staatsanwaltschaft rechtswidrig war, können beide Verfahren zur Folge haben, daß die betreffenden Organe zu rechtmäßigem Handeln angehalten werden. In diesem Sinne dient also das Klageerzwingungsverfahren der Gewährleistung des Legalitätsprinzips ¹⁾. Dies ergibt sich jedoch zwangsläufig aus der Tatsache, daß das Gericht zu Gunsten des Antragstellers entscheidet. Insoweit führt jede gerichtliche Entscheidung einen rechtmäßigen Zustand herbei. Deswegen ist man in sonstigen Fällen, insbesondere aber bei der verwaltungsgerichtlichen Untätigkeitsklage keineswegs auf den Gedanken gekommen, wegen einer solchen durch das Verfahren gegebenen Legalitätskontrolle eine allgemeine Bindung der Behörde in Rechtsfragen an die Auffassung der Rechtsprechung zu fordern.

Will man also aus dem Klageerzwingungsverfahren die Ansicht herleiten, die Staatsanwaltschaft sei grundsätzlich an die Rechtsansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung gebunden, so müßte dieses Verfahren über die Erreichung eines rechtmäßigen Zustandes hinaus gerade zum Ziel haben, dem Gericht in Rechtsfragen eine gegenüber der Staatsanwalt-

1) So die vorherrschende Meinung in der Strafprozeßliteratur, vgl. Peters, Strafprozeß, S. 464; Eb. Schmidt Lehrkommentar § 172 Anm. A, Rdn. 1; derselbe in MDR 1961, S. 271; Schwarz-Kleinknecht (27. Auflage), § 172 Anm. 1; Niese in SJZ 1950, Sp. 893; Dünnebieber in JR 1959, S. 47

schaft zumindest bezüglich der Anklageerhebung verbindliche Entscheidungsbefugnis zu übertragen. Das ist nicht der Fall. Das Klageerzwingungsverfahren dient "ausschließlich dem Schutz des Legalitätsprinzips" ¹⁾, nicht dem Legalitätsprinzip in dem Sinne, wie es eine höchstrichterliche Rechtsprechung auffaßt. Lediglich in einem konkreten Einzelfall erhält das zuständige Gericht das Recht, das Legalitätsprinzip auszulegen. Der Gesetzgeber hat hier dem Gericht eine solche Befugnis übertragen müssen, da er andernfalls seine Absicht, dem Einzelnen zu einem strafgerichtlichen Verfahren gegen den Delinquenten zu verhelfen, nicht hätte verwirklichen können, es sei denn, er hätte für das Verfahren gemäß den §§ 170 ff auf eine Anklage durch die Staatsanwaltschaft überhaupt verzichtet.

Infolgedessen ist das Klageerzwingungsverfahren auch nicht wie ein echtes Kontrollverfahren ausgestaltet. Zwar wird das Gericht bei seiner Entscheidung an einer Kontrolle des Einstellungsbescheides der Staatsanwaltschaft nicht vorbeigehen können, eigentliches Ziel des Verfahrens ist jedoch nicht dessen Korrektur, sondern die Erreichung des gerichtlichen Verfahrens. Daß rein formell gesehen zunächst eine Klage notwendig ist, steht dem nicht entgegen. Der Unterschied zu einem echten Kontrollverfahren wird deutlich, wenn man das Klageerzwingungsverfahren mit einem Rechtsmittelverfahren vergleicht.

Bei der Einlegung eines Rechtsmittels wendet sich der Berechtigte gegen eine Entscheidung (abgesehen von den Fällen der Prozeßentscheidung), die sein Recht ganz oder teilweise für nicht bestehend angesehen hat, sich also mit den Rechten des Betroffenen auseinandergesetzt hat. Infolgedessen ist für die Einlegung eines Rechtsmittels in der Regel eine Beschwerde ²⁾ erforderlich, d.h. die angefochtene Entscheidung muß zu seinem Nachteil ausgefallen sein. Das Verfahren, das

-
- 1) so Kleinknecht, Anmerkung zum Beschluß des OLG Celle vom 17. 3. 1952 in JZ 1952, S. 488 f; derselbe, S. 489 (490)
 - 2) Für den Fall, daß der Staatsanwalt zu Gunsten des Verurteilten ein Rechtsmittel einlegt, ist die Beschwerde beim Verurteilten gegeben

der "Klageerzwingung" vorausgeht, hat jedoch nicht die Prüfung privater Interessen und Rechte zum Gegenstand, sondern befaßt sich nur mit der Frage, ob im entscheidenden Fall der Strafverfolgungsanspruch des Staates, also der Allgemeinheit besteht oder nicht. Das persönliche Vergeltungsinteresse des durch die Straftat Verletzten wird durch die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht betroffen. Dieses Interesse besteht vielmehr ungeachtet des Verhaltens der Staatsanwaltschaft, und der Gesetzgeber überläßt es dem Verletzten, im Wege des Klageerzwingungsverfahrens sein Recht selber zu suchen.

Hätte der Gesetzgeber dem Gericht gerade eine Kontrollbefugnis zur Gewährleistung des Legalitätsprinzips einräumen wollen, so hätte es genügt, die Entscheidung der Staatsanwaltschaft gemäß § 171 - ausgenommen natürlich die Fälle, nach denen auch gemäß § 172 Abs. 2 Satz 2 StPO das Klageerzwingungsverfahren ausgeschlossen ist - von der Zustimmung des Gerichts abhängig zu machen, wie es beispielsweise in den §§ 153 Abs. 2, 153 a Abs. 1, 153 c Abs. 1 und Abs. 2 StPO, 45 JWG geschehen ist. Das schwerfällige ¹⁾ Klageerzwingungsverfahren war dafür nicht der geeignete Platz.

Dem Gedanken der Kontrolle der Staatsanwaltschaft hätte auch mehr entsprochen, wenn dem Gericht im Klageerzwingungsverfahren die Rolle einer Art Rechtsmittelinstanz gegenüber der Staatsanwaltschaft eingeräumt worden wäre. Auch das ist nicht geschehen. Das Gericht prüft nicht den Einstellungsbeschluß der Staatsanwaltschaft nach, sondern den gesamten durch den Antragsteller zur Entscheidung gestellten Sachverhalt. Der gemäß den §§ 174 Abs. 1, 175 StPO ergehende Beschluß des Gerichts bestätigt auch nicht den Einstellungsbeschluß der Staatsanwaltschaft oder hebt ihn auf, sondern verwirft den Antrag des Antragstellers oder beschließt die Erhebung der öffentlichen Klage und läßt diesen Beschluß von der Staatsanwaltschaft durchführen. Die Überprüfung des Einstellungsbeschlusses ist nicht Gegenstand des Klageerzwingungsverfahrens.

1) So Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft ..., a.a.O., S. 87

Das Klageerzwingungsverfahren ist also in erster Linie ein Rechtsschutzverfahren. Daneben trägt es wie jedes gerichtliche Verfahren zur Sicherung und Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes bei und dient insoweit der Gewährleistung des Legalitätsprinzips. Durch dieses Verfahren sollte jedoch nicht dem Gericht eine generelle Kontrolle über die Staatsanwaltschaft eingeräumt werden. Aus den Vorschriften zum Klageerzwingungsverfahren läßt sich also nicht der Grundsatz ableiten, die Gerichte hätten gegenüber der Staatsanwaltschaft ein Rechtsauslegungsmonopol ¹⁾. Auch das Klageerzwingungsverfahren kann demnach nicht zur Stütze der Ansicht von der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchststrichterliche Rechtsprechung herangezogen werden ²⁾.

-
- 1) Im übrigen ^{ist} Lüttger, Der "genügende Anlaß", a.a.O., S. 214, zuzustimmen, wenn er sagt, der Primat des Staatsanwalts zur Entscheidung über Strafbarkeit oder Straflosigkeit der Tat im Ermittlungsverfahren werde dadurch, daß der Strafsenat im Klageerzwingungsverfahren die negative Entschließung des Staatsanwalts zu überprüfen vermag, ebensowenig in Frage gestellt wie der jenseits der erörterten Verfahrenszäsur einsetzende Entscheidungsprimat des Gerichts durch die Möglichkeit zur Einlegung von Rechtsmitteln
- 2) Im Ergebnis ebenso, aber mit der Begründung, daß es sich bei dem Klageerzwingungsverfahren um eine Ausnahmeregelung handele, Lüttger, "Der genügende Anlaß" ..., a.a.O., GA 1957, S. 212; derselbe wohl auch in Diskussion D 71, 73, 74; ähnlich auch Herrmann D 50; Dünnebier, Die Bindung ..., a.a.O., JZ 1961, S. 312

10. Zusammenfassung

Die Erörterungen haben gezeigt, daß das strukturelle Verhältnis zwischen dem Gericht und der Staatsanwaltschaft unter zwei Aspekten zu betrachten und zu beurteilen ist, nämlich dem der verfassungsrechtlichen Regelung der Art. 20, 92 GG und dem der speziellen Funktionsaufteilung nach dem Gerichtsverfassungsgesetz und der Strafprozeßordnung. Naturgemäß findet man im verfassungsrechtlichen Bereich keinen ausdrücklichen und konkreten Hinweis darauf, in welcher Weise die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft von der des Gerichts abzugrenzen ist. Es läßt sich aber feststellen, daß eine richtig verstandene Gewaltenteilung im Zusammenhang mit den Vorschriften über die Rechtsprechung keinen Anhaltspunkt für die Annahme bietet, die Staatsanwaltschaft sei in Rechtsfragen einer Bindung an die Rechtsprechung unterworfen. Demgegenüber ist im Strafprozeß vom Gesetzgeber eine eindeutige, dem jeweiligen Verfahrensstadium entsprechende Aufteilung der Funktion auf Staatsanwaltschaft und Gericht vorgenommen worden: Hat die Staatsanwaltschaft die Aufgabe der Strafverfolgung, so entscheidet das Gericht über die Strafbarkeit von Sachverhalten, die seitens der Staatsanwaltschaft für verfolgbar gehalten werden². In jeder strafprozessualen Regelung, die sich mit dem Verhältnis der Staatsanwaltschaft zu dem Gericht befaßt, kommt der Gedanke der Funktionsaufteilung zum Ausdruck. Eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung ist aus diesem System der sorgfältigen Trennung der Zuständigkeiten nicht herzuleiten. Sie würde zu einem vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Einfluß der Gerichte auf die Staatsanwaltschaft führen.

V Der die Aufgaben der Staatsanwaltschaft als Ermittlungs- und Verfolgungsbehörde bestimmende Verfolgungszweck und seine Bedeutung für die Abgrenzung der Rechte und Pflichten der Staatsanwaltschaft bei der Entscheidung von Rechtsfragen

Ist die Staatsanwaltschaft nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchung nicht an die höchstrichterliche Recht-

sprechung gebunden, so trifft eine solche Feststellung naturgemäß noch keine Aussage darüber, ob und in welchem Umfange der Staatsanwalt bei seinen Entscheidungen im Einzelfall auf Grund seiner Verantwortung als Strafverfolgungsorgan verschiedene tatsächliche und rechtliche Gegebenheiten zu berücksichtigen hat. Einerseits ist der Staatsanwalt zur Einhaltung der Gesetze verpflichtet, andererseits muß er die Weisungen seiner Vorgesetzten befolgen. Hat er grundsätzlich die Strafverfolgungsinteressen des Staates zu vertreten, so ist er - im Rahmen des Rechts - zuweilen auch gehalten, die Belange des Beschuldigten bzw. Angeklagten wahrzunehmen (vgl. § 296 Abs. 2 StPO). Auch kann eine seiner Auffassung nach durch das Gesetz gerechtfertigte Strafverfolgungsentscheidung unter Umständen im Hinblick auf den Beschuldigten betreffende menschliche oder den Staat betreffende finanzielle Erwägungen in der einen oder anderen Weise einer Korrektur unterworfen sein. Wie sich solche besonderen Umstände auf die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft, ein Ermittlungsverfahren einzustellen, die öffentliche Klage zu erheben oder ein Rechtsmittel einzulegen, auswirken, sollen die folgenden Erörterungen zeigen:

Grundsätzlich hat der Staatsanwalt das Recht und die Pflicht, nach eigener Überzeugung die öffentliche Klage zu erheben, das Verfahren einzustellen, ein Rechtsmittel einzulegen oder auf die Einlegung eines solchen Rechtsmittels zu verzichten. Dieser Grundsatz erfährt jedoch insoweit eine Einschränkung, als der Staatsanwalt seinen Entscheidungen nicht eine Rechtsansicht zugrunde legen darf, die nach Meinung der Rechtsprechung und des gesamten Schrifttums als abwegig gilt und einhellig abgelehnt wird. Das Strafverfahren ist nicht der geeignete Ort, an dem ein Außensteiter seine dem Anschein nach möglicher Weise fragwürdige Rechtsansicht zur Geltung bringen darf. Einerseits verbietet dies das berechnigte Interesse des Beschuldigten, auf dessen Rücken nicht der Meinungsstreit mit einem "Einzelgänger" ausgetragen werden darf (das gilt natürlich für den Fall

der ein Verfahren einleitenden bzw. fortführenden Entscheidungen). Andererseits besteht die Gefahr, daß das Ansehen der Justiz beeinträchtigt wird ¹⁾. Der Staatsanwalt ist jedoch nicht daran gehindert, auch eine bestrittene Ansicht zu vertreten, sofern sie vernünftig erscheint und fundiert ist. Es ist allerdings unmöglich, einen Maßstab dafür aufzustellen, wie der Staatsanwalt seine Entscheidung begründen und belegen muß. Der Grund der Überzeugungskraft ist nicht von der Größe des wissenschaftlichen Apparates abhängig, den der Staatsanwalt zur Stützung seiner Meinung heranzieht. Je fester er von seiner Ansicht überzeugt ist, umso heftiger wird er sie verteidigen. Weicht er von der vorherrschenden Rechtsansicht ab, so wird er regelmäßig Rücksprache mit seinen Vorgesetzten nehmen. Schließen diese sich seiner Meinung an, so kann man wohl eine solche Meinung nicht mehr für abwegig halten. Lassen sie sich nicht überzeugen, so werden sie den Staatsanwalt anweisen, die ihnen richtig erscheinende Meinung zu vertreten (vgl. das Weisungsrecht gem. § 146 GVG). Das in einem solchen Verfahrensgang enthaltene "Korrektiv" dürfte demnach geeignet sein, eine "Außenseiterentscheidung" zu verhindern.

Neben der oben geschilderten Einschränkung, die allgemein sowohl für die Klageerhebung als auch für die Einstellung, die Rechtsmitteleinlegung und den Rechtsmittelverzicht gilt, hat der Staatsanwalt auch noch andere, jede einzelne der vier Entscheidungen gesondert betreffende Gesichtspunkte zu beachten. Sie ergeben sich aus der jeweiligen Verfahrenssituation.

Soweit der Staatsanwalt der Ansicht ist, das Verhalten eines Beschuldigten erfülle keinen Straftatbestand, hat er das Verfahren einzustellen; denn dann ist dieses Verhalten nicht verfolgbar. Stimmt er mit der Meinung der höchststrichterlichen Rechtsprechung oder mit der Meinung überein, die das für dieses Verfahren zuständige Gericht vermutlich

1) Siehe dazu auch Seite 132 ff

vertreten würde, so verpflichtet zur Einstellung des Verfahrens außerdem das Gebot, nutzlose Strafverfahren zu vermeiden. Der Staatsanwalt hat jedoch das Verfahren gemäß seiner Überzeugung auch dann einzustellen, wenn im Falle der Anklageerhebung eine Verurteilung zu erwarten wäre; denn seine Aufgabe besteht nicht lediglich darin, Tatbestände zu ermitteln und sie dann, entsprechend den in ihnen enthaltenen strafrechtlichen Verstößen geordnet vor das Gericht zu tragen, sondern unter diesen Tatbeständen nach dem Gesichtspunkt der Verfolgbarkeit eine Auslese zu treffen. Der Staat nimmt durch die Staatsanwaltschaft als das zuständige Ermittlungs- und Verfolgungsorgan nur insoweit sein Recht ¹⁾ vor dem Gericht. Würde der Staatsanwalt dennoch in der Erwartung, das Gericht werde eben diesen Fall als strafbar ansehen, oder mit Rücksicht auf eine von seiner Ansicht abweichende Meinung der Rechtsprechung die Sache anklagen, so wird er sich damit über seine Aufgaben und Pflichten als Verfolgungsorgan hinwegsetzen. Ein Fall aus der Praxis des Bundesgerichtshofes macht dies besonders anschaulich.

Der Bundesgerichtshof ist beispielsweise in seinem Beschluß vom 17. Februar 1954 ²⁾ der Ansicht, daß die Verbindlichkeit des Rechts auf seiner Übereinstimmung mit dem Sittengebot beruhe und die Normen des Sittengesetzes unabhängig davon gelten würden, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht ³⁾. Der BGH zieht dann für seine Entscheidung hieraus die Folgerung, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen solle und daß der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletze ⁴⁾, infolgedessen bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen wegen Kuppelei (§ 180 StGB) zu bestrafen sei ⁵⁾. Ein Staatsanwalt könnte demgegen-

1) Vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar Band I, S. 80, 85

2) Vgl. BGHSt 6, S. 46 ff

3) BGHSt a.a.O., S. 52

4) BGHSt a.a.O., S. 54

5) Diese Frage ist sehr umstritten, vgl. Schönke-Schröder, § 180 Anm. 4

über der Ansicht sein, daß für die Frage, ob etwas Unzucht ist, durchaus auf die Ansichten und Bräuche bestimmter Volkskreise ¹⁾ oder der Mehrheit der Bevölkerung Rücksicht zu nehmen haben. Seine Stellung als staatliches Verfolgungsorgan würde ihn dann, wenn bei Anlegung solcher Maßstäbe in dem Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten keine Unzucht zu sehen ist, berechtigen und verpflichten, nicht zu ermitteln oder begonnene Ermittlungen einzustellen. Der Staat hat in diesem Fall kein Interesse an der Strafverfolgung. Würde der Staatsanwalt sich gegen seine Überzeugung an die Meinung des Bundesgerichtshofes halten, so würde er mit seiner Anklageerhebung ein Strafverfahren einleiten, das von dem für die Strafverfolgung nach dem Gesetz allein zuständigen Organ nicht für zulässig gehalten wird.

Ist der Staatsanwalt hingegen der Überzeugung, daß ein bestimmter Sachverhalt die Merkmale eines gesetzlichen Straftatbestandes erfüllt, so hat er grundsätzlich die öffentliche Klage zu erheben. Seine Pflicht, in einem solchen Falle die Strafverfolgung durchzuführen, verbietet es, mit Rücksicht auf eine höchststrichterliche Rechtsprechung oder auf eine zu erwartende, bestimmte Haltung des Gerichts, das mit dem Fall befaßt werden würde, das Verfahren einzustellen.

Nowakowski wendet hiergegen ein, der Staatsanwalt müsse dann ja auch anklagen, wenn er mit Sicherheit voraussehe, das Gericht werde aus rechtlichen Gründen freisprechen. Er meint, diese Folgerung werde man im Ernst kaum ziehen wollen. Der Zweck des Verfahrens, "ergebnislose" Strafverfahren zu vermeiden, werde mißachtet, die Anklage freilich schon am Eröffnungsbeschluß scheitern ²⁾. Eine solche Situation ist jedoch nur theoretisch denkbar und kann sich in der Praxis nicht ergeben; denn ein Staatsanwalt wird nur -----

1) Dieser Ansicht z.B. Bockelmann, Zur Strafbarkeit der Kuppelei in JR 1954, S. 361 ff, S. 364; Jescheck, Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten in MDR 1954, S. 645 ff, S. 547

2) Vgl. Nowakowski, Gutachten, S. 24

in ausgesprochenen Streitfragen und dann auch nur nach sorgfältiger Abwägung der Ansichten von der höchstrichterlichen Rechtsprechung oder der herrschenden Meinung, auf die sich das Gericht in diesem Verfahren vermutlich stützen könnte, abweichen. Dabei wird er auch die Interessen des Beschuldigten, dem durch ein solches Verfahren schwere Nachteile für seine soziale Stellung entstehen können, berücksichtigen müssen. Entscheidet sich der Staatsanwalt für die Erhebung der Anklage, so läßt die Tatsache, daß das Gericht sich dann zu der Ansicht des Staatsanwalts äußern müßte, ein solches Verfahren schon nicht "ergebnislos" sein. Sodann zeigen eine Reihe praktischer Fälle, daß die Möglichkeit eines Einschwenkens des in dem Verfahren entscheidenden Gerichts auf die vom Staatsanwalt vertretene Ansicht nicht von vornherein mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann ¹⁾. Ist allerdings mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten, daß das Gericht die Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht teilen wird, so hat der Staatsanwalt auch dies in seine Erwägungen einzubeziehen. Er ist dann jedoch nicht an die Ansicht des Gerichts gebunden, sondern hat lediglich die Pflicht, das staatliche Verfolgungsinteresse, das zugleich das Interesse an einer richterlichen Entscheidung einschließt, und das Interesse, ergebnislose Strafverfahren zu vermeiden, gegen einander abzuwägen und dabei den Wahrscheinlichkeitsgrad einer, die Meinung des Staatsanwaltes ablehnenden Entscheidung zu berücksichtigen. Steht der Staatsanwalt mit seiner Rechtsansicht so gut wie allein da, vermag er sich nicht auf nennenswerte Meinungsäußerungen in Rechtsprechung und Schrifttum zu stützen, und ist zu erwarten, daß die Anklage schon am Eröffnungsbeschluß scheitern wird, so wird man ein Verfolgungsinteresse verneinen müssen. In diesem Fall hat sich der Staatsanwalt entgegen seiner eigenen Überzeugung nach der herrschenden Meinung zu richten.

1) Vgl. die Beispiele, die Buchholz in seinem Diskussionsbeitrag auf dem 45. Deutschen Juristentag anführt, Diskussion D 114 ff; siehe auch Nüse, Zur Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung in JR 1964, S. 282

Bezüglich der Einlegung eines Rechtsmittels gelten ähnliche Überlegungen wie bei der Anklageerhebung. Auch zur Einlegung eines Rechtsmittels ist der Staatsanwalt grundsätzlich berechtigt und verpflichtet; denn das einmal vorhandene Verfolgungsinteresse besteht solange, wie der Täter nicht verurteilt ist. Nur wird sich der Staatsanwalt überlegen müssen, ob die Einlegung des Rechtsmittels Erfolg verspricht. Kann mit Sicherheit erwartet werden, daß die Rechtsmittelinstanz das Urteil der Vorinstanz bestätigt, so wird der Sinn des Rechtsmittels nur darin zu sehen sein, eine sorgfältigere Überprüfung der Rechtslage zu erreichen. In diesem Falle muß aber das allgemeine Interesse der Staatsanwaltschaft als Justizorgan an einer weiteren Klärung der streitigen Rechtsfragen gegenüber der Pflicht der Staatsanwaltschaft zurücktreten, Strafverfahren zu vermeiden, die zu keiner Verurteilung führen; denn die Pflicht zur Wahrung und damit auch zur Feststellung des Rechts findet da ihre Grenze, wo ein Verfolgungsinteresse des Staates nicht besteht. Demnach darf der Staatsanwalt auch kein Rechtsmittel einlegen, wenn die Hauptverhandlung ihn von der Unrichtigkeit seiner in der Anklage vertretenen Rechtsansicht überzeugt hat und er mit der Entscheidung des Gerichts übereinstimmt, auch soweit diese Entscheidung von der höchststrichterlichen Rechtsprechung abweicht. Würde man dem Staatsanwalt in diesem Falle den Verzicht auf ein Rechtsmittel nicht zur Pflicht machen, sondern wie Nowakowski ¹⁾ nur das Recht hierzu einräumen, so stünde dies im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung. § 296, der den Staatsanwalt zur Einlegung von Rechtsmitteln ermächtigt, enthält keine Beschränkung auf das Recht zur Einlegung. Wie bei der Entscheidung über die Erhebung der Anklage ist der Staatsanwalt das Justiz-

1) A.A. Nowakowski, Gutachten, S. 41, der der Staatsanwaltschaft auch in diesen Fällen das Recht zur Rechtsmitteleinlegung einräumt und nur das Bestehen einer generellen Verpflichtung hierzu ablehnt; Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft ..., S. 92, verneint nur die Pflicht zur Einlegung eines Rechtsmittels, läßt aber offen, ob die Staatsanwaltschaft ein Recht dazu hätte

organ, das von Staats wegen die Verantwortung für die Weiterführung des Strafverfahrens in diesem Stadium trägt. Mithin hat der Staatsanwalt die Freiheit, sich einmal für, ein anderes Mal gegen die Einlegung eines Rechtsmittels zu entscheiden, so könnte er sich seiner Strafverfolgungsaufgaben, zu denen auch die Rechtsmitteleinlegung gehört, nach Wunsch entziehen.

Die Staatsanwaltschaft ist also auf Grund ihrer Aufgabe als Verfolgungsorgan in jeder Phase des Strafverfahrens, soweit ihre Zuständigkeit reicht ¹⁾, berechtigt und verpflichtet, strafbare Tatbestände zu ermitteln und gemäß den Gesetzen nach ihrer eigenen Überzeugung über die Verfolgbarkeit dieser Tatbestände zu entscheiden. Die Bindung an die Rechtsansicht einer Rechtsprechung oder an die zu erwartende Entscheidung des im Einzelfall zuständigen Gerichts würde die Staatsanwaltschaft in einem Teilbereich ihrer Tätigkeit auf die Wahrnehmung von Zuträgerfunktionen beschränken und damit im Widerspruch zu ihren vom Gesetzgeber übertragenen Verfolgungsaufgaben stehen.

VI Untersuchung der Vereinbarkeit einer Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung mit sonstigen verfassungsrechtlichen Grundsätzen

Soweit in Vorangegangenen verfassungsrechtliche Regelungen in diese Untersuchung einbezogen wurden, handelte es sich darum, die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft gegenüber der Gerichte durch Einordnung in das vom Grundgesetz vorgesehene Gewaltenteilungsschema von einander abzugrenzen. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse ergaben Anhaltspunkte dafür, daß die Staatsanwaltschaft keiner Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung unterworfen ist. Das Grundgesetz enthält jedoch nicht nur allgemeine Vorschriften zum Verhältnis zwischen vollziehender Gewalt und Recht-

1) Zur Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft in besonderen Verfahrensabschnitten siehe auch unten S.

sprechung, es kennt auch andere Regelungen, beispielsweise die Bestimmungen zur Ausgestaltung des Rechtswegs (Art. 101 Abs. 1 S. 2, 19 Abs. 4 S 1) oder den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1), die im Zusammenhang mit der Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gesehen werden können. Auch der in verschiedenen Bestimmungen zum Ausdruck kommende Gedanke der Rechtseinheit (z.B. Art. 93, 94, 96) wird in die Erörterungen zu unserem Problem einbezogen. Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit diese Regelungen mit dem bisher gewonnenen Ergebnis vereinbar sind, daß nämlich die Staatsanwaltschaft sich in der rechtlichen Bewertung der ihr vorliegenden Tatsachen nicht nach der Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu richten hat.

1. Die Bedeutung des Artikels 101 Abs. 1 Satz 2 GG

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 garantiert jedem seinen gesetzlichen Richter. Man könnte gerade in der Einstellung eines Ermittlungsverfahrens durch die Staatsanwaltschaft entgegen der in Präjudizien vertretenen Rechtsansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Art "formeller Justizverweigerung" erblicken und einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG annehmen.

Bedenken gegen eine derartige Ansicht ergeben sich schon aus der Erwägung, daß diese Bestimmung eine spezialgesetzliche Ausprägung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit ¹⁾ und des Rechtsschutzes ²⁾ ist. Eines Rechtsschutzes bedarf der Bürger im Strafverfahren jedoch nur gegen die Akte der Staatsanwaltschaft. Stellt diese aber das Ermittlungsverfahren ein, so wird dem Bürger ja schon in ausreichendem Maße Rechtsschutz gewährt. Darüber hinaus bewahrt ihn die Einstellung unter Umständen vor einem langwierigen Strafverfahren.

1) Vgl. Leibholz-Rinck Art. 101 Anm. 1

2) Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., a.a.O., S. 557 spricht von "Verfassungsschutz"

Die Bedeutung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz liegt hingegen in der Gewährleistung eines gerichtlichen Verfahrens gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt. Gemäß Art. 101 S. 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die Vorschrift deckt sich inhaltlich und wörtlich mit § 16 GVG. Mit Recht sieht Bettermann in dieser Vorschrift ein Entziehungs- samt einem Behinderungsverbot ¹⁾. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 garantiert in erster Linie die gesetzliche Zuständigkeitsordnung ²⁾. Insbesondere der Exekutive, aber auch dem Gesetzgeber ³⁾ und der Judikative ⁴⁾ sollen Eingriffe in die gesetzlich vorgeschriebene Organisation und Zuständigkeit der Gerichte verboten sein. Das Prinzip der Rechtssicherheit verlangt, daß der gesetzliche Richter voraussehbar und eindeutig bestimmbar ist ⁵⁾.

Es ist jedoch die Frage, ob Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG über die Garantie gesetzlicher Zuständigkeitsordnung hinaus auch die Gewährleistung enthält, daß jede Rechtssache, insbesondere aber jede Strafsache, vor die Gerichte kommen muß ⁶⁾. Gegen eine Auslegung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im letzteren Sinne spricht einmal seine Geschichte ⁷⁾. Die

1) So Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 543

2) Vgl. Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 557

3) Vgl. Leibholz/Rinck, Art. 101 Anm. 3 unter Hinweis auf BVerfGE 6, 50 ff; 9, 226; 10, 213

4) So Leibholz/Rinck, Art. 101 Anm. 3; vgl. auch Hamann, Art. 101 Anm. B 2 b, S. 415; Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 565; BVerfGE 4, 412 ff, 416 f

5) Vgl. dazu BGHSt 8, 240 ff, 241, wonach das Prinzip des im voraus feststehenden Richters ein wichtiger rechtsstaatlicher Grundsatz ist, der die ganze deutsche Gerichtsverfassung beherrscht (vgl. z.B. §§ 22 b, 45, 63, 86, 117, 131 GVG) ... Er wolle den verfassungsrechtlichen Grundsatz durchführen, daß niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden dürfe (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes)

6) Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 557 meint, gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG habe jeder Richter Anspruch auf seinen Fall und dessen Parteien. Dennoch begründe, so schränkt Bettermann dann ein, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 ff nur für den Bürger, nicht aber auch für den Richter ein Grundrecht i.S. eines subjektiv öffentlichen Rechts

7) Vgl. Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 558

Formulierung der Vorschrift findet sich in einer Reihe von älteren Verfassungen ¹⁾. Insoweit hat beispielsweise Kern ²⁾ den gleichlautenden Art. 105 Satz 2 WRV mit der Begründung eng, d.h. im Sinne eines Ausschlusses einer "allgemeinen Justizgarantie" ³⁾ ausgelegt, das Verbot des Art. 105 Satz 2 WRV sei vielfach als Recht auf den gesetzlichen Richter zu den Grundrechten gezählt worden und könne als solches nicht den Sinn haben, alle Eingriffe von außen in die Justiz zu verbieten. Auch die Stellung des Verbots in Art. 105 Satz 2 WRV zwischen dem Verbot der Ausnahmegerichte und der Zulässigkeit der Kriegs- und Standgerichte spreche für die engere Auslegung im Sinne des Verbots der Richtervertauschung. An anderer Stelle ⁴⁾ sagt er, daß in vielen der früheren Verfassungen das Verbot der Richterentziehung friedlich neben der Gestattung der Abolition gestanden habe, und das Gerichtsverfassungsgesetz und die Strafprozeßordnung es peinlich vermieden hätten, in das Gnadenrecht der Landesherren einschließ- lich des Abolitionsrechts einzugreifen. Bis zu dem GVG habe in einzelnen Bundesstaaten ein Recht zur Niederschlagung be- standen; hätte man es beseitigen wollen, so hätte das klar und deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen. Da Art. 101 GG nach dem Willen des Herrenchiemseer Konvents an alt- bewährte Grundsätze seiner Vorläufer anknüpfen sollte ⁵⁾, ist anzunehmen, daß die Vorschrift eine der Auslegung des Art. 105 Satz 2 WRV entsprechende Interpretation finden soll- te ⁶⁾.

Gegen eine Auslegung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Sinne einer Justizgarantie spricht auch die systematische

1) Vgl. Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 543 Anm. 74

2) So Kern, in Handbuch des deutschen Staatsrechts, Tü- bingen 1932, S. 494

3) Vgl. den Ausdruck bei Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 559

4) So Kern, Der gesetzliche Richter, a.a.O., S. 213, 214; Kern beruft sich insoweit auf die herrschende Meinung; vgl. a.a.O., S. 213 und ebenda Fußn. 1

5) Vgl. Dannewitz, in Bonner Kommentar, § 101 Anm. I S. 1

6) Ähnlich v. Mangoldt, Art. 101 Anm. 2

Stellung dieser Vorschrift im Gesetz. Art. 101 GG behandelt außer dem Verbot der Entziehung des gesetzlichen Richters die Zulässigkeit und Einrichtung von Ausnahmegerichten und Sondergerichten. Er befaßt sich demnach in erster Linie mit Fragen des Gerichtsverfassungsgesetzes und nicht des Strafverfahrensrechts ¹⁾. Der enge Zusammenhang mit § 16 GVG ist unverkennbar. Es darf nicht vergessen werden, daß Art. 105 der WRV vom 11. 8. 1919 (RGBl. 1919 Nr. 152 S. 1383 ff) wortwörtlich § 16 des GVG vom 27. 1. 1877 (RGBl. 1877 Nr. 4, S. 41 ff) übernommen und lediglich einen vierten Satz zugefügt hat: "Die militärischen Ehrengerichte sind aufgehoben". Der Verfasser des Grundgesetzes hat seinerseits nur das "unstatthaft" des ersten Satzes in ein "unzulässig" umgewandelt, die Sätze 3 und 4 über Kriegsgerichte, Standgerichte und Ehrengerichte weggelassen und einen allgemein gehaltenen zweiten Satz über Sondergerichte hinzugefügt. Im übrigen ist jedoch die Formulierung des alten § 16 GVG erhalten geblieben ²⁾.

Auch Sinn und Zweck des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sprechen gegen eine weite Auslegung im Sinne einer allgemeinen Justizgarantie. Die Vorschrift ist letztlich eine Konkretisierung des Grundsatzes der Gewaltentrennung ³⁾. Gewaltentrennung, verstanden als Gewaltenhemmung bzw. als Gewaltkontrolle besagt jedoch, daß die Staatsmacht gemäßigt werden soll, damit der einzelne in seinen Rechten geschützt wird ⁴⁾. Bei einer weiten Auslegung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Sinne einer allgemeinen Justizgarantie würde die Vorschrift in ihrer Regelung weiter gehen, als nach dem Gewaltenteilungsprinzip notwendig wäre; denn in den hier in Rede stehenden Fällen der Begnadigung, der Niederschlagung eines Verfahrens und der Einstellung eines Verfahrens verzichtet ja gerade der Staat in Gestalt der Exekutive

1) So mit Recht Bettermann, Die Unabhängigkeit ..., S. 558

2) Auf den Zusammenhang mit der Gerichtsverfassung weist auch Leibholz/Rinck, a.a.O., Art. 101 Anm. 1, hin

3) Vgl. Hamann, Art. 101 Anm. A 1

4) Vgl. Leibholz/Rinck, a.a.O., Art. 20 Anm. 16; s.a.oben

auf seinen Strafanspruch, auf den Eingriff in Rechte des einzelnen. Die Gefahr der Ausartung der Staatsgewalt in Willkür ist nicht gegeben.

Außerdem dürfte sehr fraglich sein, ob der Gesetzgeber der Rechtsprechung, nachdem diese bereits durch die Art. 92 ff. GG, insbesondere durch die Garantie der Unabhängigkeit gegenüber den anderen Gewalten besonders hervorgehoben worden ist, ein Übergewicht über die vollziehende Gewalt geben wollte.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, daß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zum Inhalt hat, jede Rechtsstreitigkeit müsse vor die Gerichte kommen; er gewährleistet kein Rechtsprechungs- oder Strafmopol in diesem Sinne ¹⁾. Demzufolge ergibt sich aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch kein Anklagezwang ²⁾. Für die Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung kann dieser Vorschrift also nichts entnommen werden.

2. Die Bedeutung des Artikels 19 Abs. 4 Satz 1 GG

Würde die Staatsanwaltschaft entgegen ihrer eigenen Rechtsansicht einen Sachverhalt zur Anklage bringen, der nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung einen Straftatbestand erfüllt, so wäre mit der Klageerhebung der Rechtsweg zum Strafrichter eröffnet. Eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung könnte also bewirken, daß dem Strafrichter solche Strafsachen, in denen die Staatsanwaltschaft das Verfahren entgegen der Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung einstellen würde, nicht vorenthalten werden. Die Bindung der Staatsanwalt-

1) So auch Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte ..., S. 558, 559; im Ergebnis ähnlich Kern, Gerichtsverfassungsrecht, a.a.O., S. 148: "Das Verbot der Richterentziehung steht einer Begnadigung i.e.S. oder einer Niderschlagung des Verfahrens im Gnadenweg nicht im Wege"; a.A. Oehler, Der gesetzliche Richter und die Zuständigkeit in Strafsachen, in ZStrW 1952 (64), 292 ff., 302

2) So ausdrücklich Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte ..., S. 558

schaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gewährleistet demnach den Rechtsweg soweit bei Zugrundelegung dieser Rechtsprechung der Straftatbestand als erfüllt anzusehen ist. Das Grundgesetz enthält in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 eine allgemeine Rechtsweggarantie. Sieht man hier einen Zusammenhang, so könnte die Frage gestellt werden, ob die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG herleiten läßt.

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG lautet: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen". Die Vorschrift garantiert einen lückenlosen ¹⁾ und vorbeugenden ²⁾ gerichtlichen Rechtsschutz gegenüber Verletzungen individueller Rechte durch die öffentliche Gewalt. Zur öffentlichen Gewalt gehört ganz offensichtlich die vollziehende Gewalt. Ob auch die gesetzgebende Gewalt zur öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gerechnet wird, ist umstritten ³⁾.

a) In erster Linie interessiert hier die Frage, ob in der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eine allgemeine Justizgarantie im oben bereits erläuterten Sinne enthalten ist. Würde Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG den Zugang zu den Gerichten ganz allgemein gewährleisten, so könnte man daraus möglicherweise schließen, daß der Rechtsprechung hier ganz generell ein Entscheidungsmonopol in Rechtsstreitigkeiten eingeräumt werden sollte.

Der Wortlaut der Vorschrift läßt eine solche Deutung der Vorschrift allerdings nicht zu; er spricht sogar gegen eine

1) So BVerfGE 8, 274 ff, 326; BVerwG in DÖV 1959, S. 748 ff, 750; Hamann, Art. 19 Anm. 12; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VI S. 568

2) So OVG Lüneburg, AS 11, 503 ff, 506; ähnlich OVG Münster AS 13, 6 ff, 8; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII S. 568; Hamann, Art. 19 Anm. 12 mit weiteren Hinweisen

3) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII ab S. 571; Hamann, Art. 19 Anm. 14; mit Recht weist Bettermann, a.a.O., auch darauf hin, daß es meist an einem - durch die Gesetzgebung - individuell Verletzten fehle

derartige Auslegung, denn es heißt dort, daß "jemand" in seinen Rechten verletzt sein muß. Damit wendet sich der Gesetzgeber offensichtlich an einen Träger von Einzelrechten. Die Formulierung ähnelt der in Art. 2 Abs. 1 und 2, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 ("jeder hat das Recht"), in Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 3 Satz 1, Art. 12 Abs. 2 Satz 1 ("niemand darf ..."), Art. 9 Abs. 3 Satz 1, Art. 17, Art. 103 Abs. 1 ("ist für jedermann gewährleistet"). Regelt der Grundgesetzgeber dagegen die Kompetenz einzelner Gewalten, so gebraucht er die Bezeichnungen "Gesetzgebung", "vollziehende Gewalt", "Rechtsprechung" (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Art. 20 Abs. 3, Art. 92 Abs. 1 Satz 1). Dem Wortlaut nach geht es also um den Schutz der Rechte des einzelnen.

Die Bestimmung hatte einen Vorgänger in Gestalt des Art. 107 WRV, der jedoch lediglich die Einrichtung von Verwaltungsgerichten zum Schutze des einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörde vorsah. Auch die vor Erlaß des Grundgesetzes ergangenen landes- und besatzungsrechtlichen Regelungen zur Gewährung von Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten regeln nur den Verwaltungsgerichtsweg vermöge der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeitsgeneralklausel ¹⁾. Die Vorarbeiten zum Entwurf des Artikels ergaben ein ähnliches Bild. Sowohl Art. 138 des sogen. Herrenchiemseer Entwurfes als auch der wohl zum Vorbild genommene Art. 2 Abs. 3 der Verfassung des Landes Hessen vom 11. 12. 1946 sowie Art. 2 Abs. 4 des Vorschlages des Allgemeinen Redaktionsausschusses des Bonner Parlamentarischen Rates enthalten nur eine Rechtsschutzklausel gegen Verletzung der Rechte des einzelnen durch die Verwaltungsbehörde (so noch der sogen. Herrenchiemseer Entwurf) bzw. durch die öffentliche Gewalt ²⁾. Von einer allgemeinen Justizgarantie war nicht die Rede.

1) Vgl. bei Klein, Tragweite der Generalklausel in Artikel 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, Bericht in VVDStRL H. 8 (1950), S. 67-125 (76 f)

2) Vgl. Klein, Tragweite der Generalklausel ..., a.a.O., S. 78, 79

Auch die systematische Stellung des Art. 19 Abs. 4 im Grundgesetz läßt die Deutung zu, daß die Vorschrift lediglich den Rechtsschutz des Einzelnen garantieren sollte. Eine Leitidee unseres Grundgesetzes ist das Rechtsstaatsprinzip. Das ergibt sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes ¹⁾. Zur Verwirklichung dieses Prinzips dienen dem Gesetz mehrere Mittel, nämlich die Trennung der Gewalten, die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, der vollziehenden Gewalt und Rechtsprechung an Gesetz und Recht, die rechtsstaatliche Gestaltung der Verwaltung, die Bestimmtheit und Voraussehbarkeit der Akte der Gesetzgebung und die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes des Staatsbürgers gegenüber der Staatsgewalt. Man kann dies unter drei Gesichtspunkten zusammenfassen, nämlich unter dem Gesichtspunkt der Trennung der Gewalten, der Bindung der Gewalten und des Schutzes des einzelnen vor den Gewalten. Es muß zwar zugegeben werden, daß sich verschiedentlich die diesbezüglichen Bestimmungen des Grundgesetzes überschneiden. Die Abgrenzung der Regeln, die die Trennung bzw. Bindung der Gewalten betreffen, von den Regeln, die den Schutz des einzelnen vor den Gewalten betreffen, ist jedoch fast immer recht eindeutig (vgl. z.B. den Teil I, die Grundrechte, sowie die Artikel 103, 104 GG). Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist ganz offensichtlich Teil der letzteren Bestimmungen; denn er gehört zum Grundrechtsteil. Außerdem befassen sich auch die übrigen Absätze dieses Artikels mit den Grundrechten, nämlich mit deren Sicherung und deren Geltungsbereich. Im ursprünglichen Entwurf des Allgemeinen Redaktionsausschusses des Parlamentarischen Rates stand die Vorschrift immerhin sogar als Art. 2 Abs. 4 zu Anfang des Grundrechtsteiles.

Dementsprechend liegt der Sinn und Zweck des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG auch nicht darin, den Richtern eine Kon-

1) So BVerfGE 2, 380 ff, 403

trollbefugnis gegenüber der Exekutive zuzuweisen, sondern eben in einer Rechtsschutzfunktion ¹⁾. Wäre es die Absicht des Grundgesetzgebers gewesen, das Schwergewicht der Regelung auf eine Ermächtigung der Rechtsprechung zur Kontrolle der öffentlichen Gewalt zu legen, so hätte es nahegelegen, die Popularklage zuzulassen. Das ist jedoch entsprechend der eindeutigen Fassung der Vorschrift nach allgemeiner Meinung nicht geschehen ²⁾.

Gegen die Ansicht, der Grundgesetzgeber habe mit der Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eine allgemeine Justizgarantie geschaffen, spricht auch die Einrichtung der subsidiären Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG. Wäre es darum gegangen, den Organen der Rechtsprechung das Monopol der Rechtsauslegung zur Kontrolle der öffentlichen Gewalt einzuräumen, so hätte dem sinnvollerweise mehr entsprochen, wenn man die Verwaltungsgerichte subsidiär für zuständig erklärt hätte; denn da es sich um die Nachprüfung von Akten der öffentlichen Gewalt handelt, wären diese Gerichte in der Regel von der Sache her qualifizierter gewesen als die ordentlichen Gerichte. Diese sind jedoch deswegen subsidiär für zuständig erklärt worden, weil der ordentliche Rechtsweg "von Bundesverfassungs wegen eine stets vorhandene richterliche Entscheidungsinstanz bereitstellt" ³⁾. Auch hieraus ergibt sich, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG Rechtsschutz gewähren soll und nicht eine Kompetenzabgrenzung der rechtsprechenden Gewalt von der Exekutive enthält.

Es ist daher etwas mißverständlich, wenn Bettermann bereits in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG eine Zuständigkeitsregelung

1) So Bettermann, Der Schutz der Grundrechte ..., a.a.O., S. 783 Fußn. 13

2) Vgl. BVerfGE 13, 132 ff., 151; Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 19 Anm. II 4 o S. 11; Klein, Tragweite der Generalklausel ..., a.a.O., S. 115, 116; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VII 3 d S. 573; Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 38; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte, a.a.O., S. 785, 806

3) So Klein, Tragweite der Generalklausel ..., a.a.O., S. 97

innerhalb der Staatsgewalt sieht und u.a. sagt, hier werde das Verhältnis der drei Staatsgewalten zueinander geordnet ¹⁾. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG ist keine Zuständigkeitsregelung im eigentlichen Sinne. Er gewährt dem einzelnen ein Grundrecht, nämlich die Garantie des Rechtswegs ²⁾. Soweit man überhaupt aus dieser Bestimmung eine Zuteilung von Zuständigkeiten an die Dritte Gewalt herauslesen kann, ist dies nur eine Folge der Einräumung der Garantie, nicht wesentlicher Inhalt der Regelung ³⁾. Infolgedessen läßt sich aus dieser Vorschrift für eine Zuständigkeitsregelung nicht mehr herauslesen, als sich aus ihrer Rechtsschutzfunktion ergibt.

Zusammenfassend kann demnach gesagt werden, daß Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 Grundgesetz keine allgemeine Justizgarantie enthält ⁴⁾. Es wird zwar der Weg zu den Gerichten eröffnet. Dem entspricht jedoch kein Recht der Gerichte auf Entscheidung aller Rechtsstreitigkeiten ⁵⁾. Folglich läßt

-
- 1) Vgl. dazu Bettermann, Der Schutz der Grundrechte ..., a.a.O., S. 783; ähnlich auch Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, in AöR 1957 (82), S. 163 ff., S. 236; auch Schwalm spricht an einer Stelle von der Kontrollfunktion, die das Grundgesetz (Art. 19 Abs. 4, 100 Abs. 1) der rechtsprechenden Gewalt gegenüber den beiden anderen Gewalten ... einräume (so Schwalm, Referat ..., a.a.O., D 24); Dürig in Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 Rdn. 6 redet in der Überschrift zu dieser Anmerkung schon etwas präziser von der durch Art. 19 Abs. 4 bewirkten richterlichen Gewaltenkontrolle
 - 2) Auf den Charakter als prozessuales Grundrecht oder Institutsgarantie usw. (vgl. Bettermann, Der Schutz der Grundrechte ..., a.a.O., S. 783; Klein, Tragweite der Generalklausel ..., a.a.O., S. 82 ff) braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden
 - 3) Nur in diesem Sinne wird man auch die Bemerkung bei Dürig in Maunz-Dürig Art. 19 Abs. IV Rdn. 7 verstehen dürfen. Dort heißt es: "Art. 19 Abs. IV enthält sowohl ein Grundrecht des einzelnen auf Rechtsschutz und prägt damit das Grundverhältnis Staat - Bürger als auch eine Grundentscheidung über die Stellung der Rechtsprechung zur Verwaltung
 - 4) So wohl auch Bettermann, Der Schutz der Grundrechte ..., a.a.O., S. 788
 - 5) Im Ergebnis ebenso Herrmann, Referat ... D 50

sich aus Artikel 19 Abs. 4 Satz 1 GG auch keine Anklagepflicht der Staatsanwaltschaft und somit auch keine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung herleiten.

b) Wäre der Staatsanwalt verpflichtet, entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch in solchen Fällen die öffentliche Klage zu erheben, die bei Zugrundelegung dieser Rechtsprechung strafbar, nach seiner eigenen Rechtsansicht hingegen nicht strafbar sind, so kämen alle derartigen Strafsachen vor das Gericht. Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung würde in diesen Fällen also gewährleisten, daß ein Richter über die Strafbarkeit des Verhaltens des Beschuldigten entscheidet. Soll Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, wie oben erläutert worden ist, dem Einzelnen den Weg zum Richter garantieren, so stellt sich die Frage, inwieweit sich aus dieser Vorschrift ein Anspruch des Beschuldigten oder des Verletzten darauf ergibt, daß sich die Staatsanwaltschaft im Einzelfall an die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Rechtsansicht hält und entgegen der eigenen Ansicht die öffentliche Klage erhebt.

Gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG hat der Einzelne dann einen Anspruch auf den Weg zum Richter, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist. Eine Tatbestandsvoraussetzung wäre also, daß durch die Erhebung der öffentlichen Klage bzw. durch die Einstellung der Ermittlungen überhaupt "Rechte" des Beschuldigten oder des Verletzten betroffen werden können. Dann müßte den §§ 151 und 170 StPO, auf Grund deren die Staatsanwaltschaft tätig wird, zu entnehmen sein, daß durch sie auch der Beschuldigte oder der Verletzte berechtigt oder zumindest begünstigt werden sollte. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Staatsanwaltschaft trifft diese Verfügung von Amts wegen. Es gilt das Offizialprinzip (§ 152 Abs. 1 StPO). Dieses Prinzip ist ein wichtiger Grundsatz unseres Strafverfahrensrechtes. Es folgt aus der rechtsstaatlichen Forderung, daß der Staat, da er den materiellen

Strafanspruch und das Justizmonopol besitzt, verpflichtet ist, beides auch zu verwirklichen. Die Staatsanwaltschaft ist das zur Erfüllung dieser Pflicht berufene Organ. Ihr Handeln liegt also im öffentlichen Interesse.

Die Vorschriften der §§ 151, 170 StPO sind reine Verfahrensvorschriften, die das Vorgehen der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren bestimmen. Sie haben nicht den Zweck, den Beschuldigten vor der Überziehung mit einem Strafverfahren zu schützen ¹⁾, noch gewähren sie ihm das Recht, ein solches zu verlangen. Die Durchführung des Strafverfahrens hängt nur von den tatsächlichen Gegebenheiten, deren Beweisbarkeit und den infragekommenden Vorschriften des materiellen Strafrechts ab. Hat der Beschuldigte keinen Straftatbestand erfüllt, so steht ihm lediglich der Anspruch zu, vom Richter freigesprochen zu werden ²⁾. Ist er dagegen schuldig, so kommt ihm auf Grund der oben angestellten Überlegungen nicht einmal ein Anspruch auf Bestrafung zu, da diese ausschließlich im öffentlichen Interesse erfolgt.

Der Verletzte hat nur solche Rechte, die die Strafprozeßordnung ihm einräumt. Auch er besitzt darüberhinaus keinen Einfluß auf das Verfahren.

Daß die Staatsanwaltschaft ihre Verfügungen im Ermittlungsverfahren nur im öffentlichen Interesse ohne Rücksicht auf die Interessen der Verfahrensbeteiligten an der Beendigung oder dem Fortgang des Verfahrens trifft, zeigt sich eindeutig bei den in der Strafprozeßordnung vorgesehenen Ausnahmen vom Legalitätsprinzip ³⁾ sowie bei dem Verfahren gem. § 232 Abs. 1 StGB. Im einen Fall ist die Staatsanwalt-

1) Siehe hierzu LG Saarbrücken in NJW 1966, S. 1038, 1039; im Ergebnis zustimmend Hohenester in NJW 1966, S. 1983; unentschieden wohl BayOGH in VerwRspr. 9 (1957), Nr. 172, S. 792

2) Dies ist eine Folgerung aus den Art. 1, 2, 20 Abs. 3, 103 Abs. 2 GG. Auf die Frage, inwieweit es auf den Entscheidungssatz oder auf die Gründe ankommt, soll hier nicht eingegangen werden

3) §§ 153 Abs. 1, 153a Abs. 1, 153b, 153c Abs. 1 und 2; 154 Abs. 1, 154a Abs. 1, 154b Abs. 1, 2, 3; 154c, 154d

schaft nur deswegen von der sonst bestehenden allgemeinen Pflicht zum Einschreiten befreit, weil ausnahmsweise kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Im anderen Fall hat die Staatsanwaltschaft trotz Vorliegens eines Privatklagedelikts das Recht, die öffentliche Klage zu erheben, wenn sie das Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses annimmt.

Für den Fall der Einstellung des Verfahrens entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung ¹⁾ fehlt es schon an einer Beeinträchtigung der Rechte des Beschuldigten; denn das Unterlassen des Erhebens der öffentlichen Klage verhindert ja gerade, daß der Beschuldigte mit einem Strafverfahren überzogen wird, in dem er mit Rücksicht auf die höchstrichterliche Rechtsprechung sogar Gefahr läuft, verurteilt zu werden.

Die Situation für den Verletzten ist dagegen anders. In den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft das Verfahren gemäß den §§ 153a - 154c StPO einstellt, hat dieser weder ein Beschwerderecht noch kann er das Anklageerzwingungsverfahren betreiben ²⁾. Es erhebt sich daher die Frage, ob nicht die Strafprozeßordnung insoweit gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verstößt ³⁾.

Hier muß zunächst festgestellt werden, daß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur ein Recht auf Schutz bereits bestehender Rechte gewährt, nicht aber über diese Rechtsschutzgarantie hinaus Grundlage selbständiger Rechte ist. Die Vorschrift setzt also das Vorhandensein zu schützender Rechte voraus. Folglich ist der einfache Gesetzgeber gem. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur dann gehalten, bei der Regelung förmlicher Verfahren Rechte des Einzelnen zu berücksichtigen, sofern solche schon bestehen. Die Strafprozeßordnung kann demnach gegen

1) Die Erhebung der Anklage entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung interessiert hier nicht, da insoweit ja der Weg zum Richter eröffnet wird

2) Vgl. Wagner, Zum Legalitätsprinzip, S. 174

3) Dieser Ansicht ist z.B. Wagner, Zum Legalitätsprinzip, S. 174; wohl auch Thierfelder in NJW 1962, S. 116

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nur in den Fällen verstoßen, in denen dem Einzelnen ganz unabhängig von der verfahrensrechtlichen Gestaltung eigene Rechte zustehen und diese nicht vom Gesetz berücksichtigt worden sind.

Eine solche Fallgestaltung kann jedoch im Strafverfahren nicht vorkommen. Strafrecht ist öffentliches Recht ¹⁾. Es ist die Rechtsgrundlage zur Ordnung der wichtigsten Bereiche menschlichen Zusammenlebens. Dem Staat kommt nach der heute herrschenden Vorstellung von einem Staatswesen das Recht zu, diese Ordnung zu schaffen und sie durchzusetzen. Das Strafprozeßrecht ist das Mittel der Durchsetzung. In ihm soll der rechtsstaatlichen Forderung nach Objektivität und angemessenem Ausgleich zwischen der Übermacht des Staates und den Interessen des Betroffenen Rechnung getragen werden. Soweit auch Interessen des Verletzten in diesem Verfahren berücksichtigt sind, handelt es sich um Ausnahmeregelungen. Nur im Rahmen dieser Sondervorschriften hat der Gesetzgeber das Vergeltungsinteresse des Geschädigten anerkannt und ihm das Recht gegeben, das zuständige staatliche Organ, das Gericht, zur Führung eines Strafverfahrens zu veranlassen. Im übrigen widerspricht es aber unserer Rechtsordnung, das Vergeltungsinteresse eines Einzelnen zu berücksichtigen. Diesem bleibt nur die Möglichkeit, Ausgleich für seinen Schaden im Zivilrechtswege zu erreichen. Darüberhinaus gilt er als nicht schutzbedürftig. Die Strafprozeßordnung befaßt sich also abgesehen von der angedeuteten Ausnahme nur mit dem Vorgehen der dafür zuständigen Justizorgane gegenüber dem Betroffenen und berührt die Sphäre des Verletzten nicht. Damit ist ausgeschlossen, daß diesem durch die Strafprozeßordnung Rechte gewährt werden oder in bestehende Rechte eingegriffen wird. Ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG kann nicht vorliegen.

Gewährleistet folglich Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG weder dem Beschuldigten noch dem Verletzten gegen den Willen der Staatsanwaltschaft den Weg zum Richter, so läßt sich aus

1) Vgl. Baumann, S. 19 ff.

dieser Vorschrift auch nichts für die Frage entnehmen, ob die Staatsanwaltschaft generell an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist.

3. Die Bedeutung des Grundsatzes der Rechtseinheit

Die Vertreter der Ansicht von der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung führen zur Begründung ihrer Ansicht auch den Gedanken der Rechtseinheit und Rechtssicherheit ¹⁾ sowie den Gleichheitsgrundsatz ²⁾ ins Feld ³⁾. So sagt etwa der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 23. 9. 1960 ⁴⁾, die Amtstellung des Staatsanwalts verpflichte ihn, bei seinen Entschlüssen selbständig allen rechtlichen Ordnungsgrundsätzen zu genügen. Das gebiete ihm, bei der Entschlüsselung über Anklageerhebung nicht lediglich der eigenen Rechtsüber-

-
- 1) So insbesondere Schäfer in Löwe-Rosenberg, a.a.O., S. 121 f, der dem Grundgedanken des § 121 Abs. 2 GVG entsprechend schon dann eine Bindung annehmen will, wenn zwar keine feste Rechtsprechung, wohl aber zu einer neuen oder nur gelegentlich auftauchenden Rechtsfrage bereits eine (nicht erkennbar überholte und nicht nur beiläufige) Entscheidung des BGH oder eines OLG vorliegt, die ein als Revisionsgericht erneut mit dieser Frage befaßtes OLG zur Vorlegung zwingen würde, wenn es von der Entscheidung abweichen wolle. Außerdem BGHSt 15, 155 ff, 159; im übrigen auch Nüse, Diskussion D 82, 83; Schwalm, Referat D 29; Kohlhaas, Bindung der Staatsanwaltschaft ..., S. 288; vgl. auch Nüse, Zur Bindung der Staatsanwaltschaft ..., a.a.O., JR 1964, S. 281 ff, 283 sowie Kohlhaas, Stellung der Staatsanwaltschaft ..., S. 50 f; - siehe auch Gallas, Diskussion D 68, D 108 sowie Lüttger, Der "genügende Anlaß" ... in GA 1957, 193 ff, 212. Lüttger meint, die Staatsanwaltschaft habe ihren Teil zur Wahrung der Rechtseinheit beizutragen; auch Burchardi-Klempahn, Der Staatsanwalt ..., a.a.O., Rdn. 174 weist darauf hin, daß der Staatsanwalt auf die Wahrung der Rechtseinheit zu achten habe; s.a. Rdn. 62 - Vgl. dagegen aber Herrmann, Referat D 47 ff
 - 2) So BGHSt 15, 155 ff, 159; Nüse, Zur Bindung der Staatsanwaltschaft ..., JR 1964, 281 ff, 283; derselbe in Diskussion D 82 f; Hagedorn, Diskussion D 103; siehe dagegen Herrmann, Referat D 47 ff; Lüttger, Diskussion D 73; Koffka, Diskussion D 116
 - 3) Vgl. auch zu allen drei Begriffen Nowakowski, Gutachten, S. 40 ff
 - 4) BGHSt 15, 155 ff, 159

zeugung zu folgen, sondern, ebenso wie die Gerichte, die für das Gemeinwohl notwendigen Grundsätze der Rechtseinheit und der Gleichheit vor dem Gesetz zu beachten. Andernfalls würde die Einheit der Rechtsanwendung zerstört, die Gleichheit vor dem Gesetz beseitigt und der gesetzliche Gang der Strafverfolgung durch Opportunitätserwägungen unzulässig gehemmt. Straftäter, die bei Anklageerhebung bestraft werden würden, blieben unverfolgt. Die Verfolgung oder Nichtverfolgung hinge in hohem Maße und unvermeidbar vom Tat- oder Ergreifungsort und von der Rechtsansicht der zuständigen Anklagebehörde, unter Umständen auch, statt von den Gesetzen, von ministeriellen Weisungen oder Rechtsmeinungen ab. Schäfer und Nüse¹⁾ verweisen insoweit auf § 121 Abs. 2 GVG²⁾. Diese Vorschrift zeige die zentrale Bedeutung, die die neuere Gesetzgebung mit Recht dem Gedanken der Einheitlichkeit der Gesetzesauslegung beimesse und der ihr so gewichtig erscheine, daß sie in dem zur Erreichung des Ziels gebotenen Umfang die richterliche Freiheit und Unabhängigkeit bei der Auslegung des Gesetzes zurücktreten lasse.

Die Grundsätze der Rechtseinheit, der Rechtssicherheit und der Gleichheit vor dem Gesetz stehen in einem übergeordneten Zusammenhang. Sie alle lassen sich auf den Maßstab

1) Vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg, a.a.O., S. 121; Nüse, JR 1964, S. 283; Nüse sagt dann weiter: "Beruht nicht schließlich das Ansehen, das die Staatsanwaltschaft weithin im Volke hat, gerade auf dem - wenn vielleicht auch nicht immer klar bewußten - Vertrauen der Bevölkerung auf ein "neutrales" Wirken des Staatsanwalts. in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung". M.E. ist dies unrichtig. Gerade die Staatsanwaltschaft wird nach landläufiger Auffassung als Feind angesehen, der den Angeklagten unbedingt einer Bestrafung, möglichst einer besonders hohen, zuführen wolle; so ähnlich Hofmeister, Über die Stellung des Staatsanwalts, in Nds. Rpfl. 1958, 61 ff, 61; Leverenz, Die heutige Situation der Staatsanwaltschaft, in SchlHA 1963, 177 ff, 178; Schneider, Das Amt des Staatsanwalts, in DRiZ 1964, S. 153 ff, 153

2) Auch der BGH (BGHSt 15, S. 160) weist in diesem Zusammenhang auf § 121 Abs. 2 GVG hin

jeder Rechtsanwendung zurückführen, nämlich die Gerechtigkeit. Der Unterschied dieser Begriffe liegt lediglich in dem Aspekt, unter dem die Verwirklichung der Gerechtigkeit angestrebt wird. Der Begriff der Rechtseinheit betrifft die Rechtsvorschriften und ihre Anwendung durch die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt. Je mehr hier eine Angleichung vollzogen ist, um so überschaubarer und voraussehbarer wird die Rechtsanwendung. Somit kann der Einzelne leichter erkennen, wann für ihn welcher gesetzliche Tatbestand eingreift. Die Rechtseinheit dient also zugleich der Rechtssicherheit. Der Gleichheitsgrundsatz meint die Gleichbehandlung der Einzelnen vor dem Gesetz. Auch seine Verwirklichung schafft Rechtssicherheit. Infolgedessen soll im Nachstehenden bis auf eine Ausnahme nur von Rechtssicherheit gesprochen werden, wenn und soweit es sich um den Grundsatz der Rechtseinheit oder Gleichbehandlung vor dem Gesetz handelt; denn eine darüberhinausgehende selbständige Bedeutung - abgesehen von dem oben besprochenen Fällen der Vorschriften Art. 92 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 S. 2, Art. 101 Abs. 1 S. 2 und Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG und den noch zu erläuternden Fall der §§ 296 Abs. 4 RABG, 565 Abs. 2 ZPO, 358 Abs. 1 StPO usw. - hat dieser Grundsatz im Zusammenhang mit unserem Thema nicht.

Der Gedanke der Rechtseinheit ist in unserer Verfassung nicht allgemein verwirklicht worden. Die Entscheidung des Grundgesetzgebers in Artikel 20 Abs. 1 GG trägt vielmehr den Keim der Entwicklung zur Verschiedenheit des Rechts in sich; denn die Verfassungsbereiche des Bundes und der Länder stehen grundsätzlich selbständig nebeneinander ¹⁾. Über den einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen Bund und Ländern steht allerdings die Rechtspflicht des Bundes und der Länder zu "bundesfreundlichem Verhalten" ²⁾. Der Schwerpunkt der Gesetzgebung liegt gem. Artikel 70 Abs. 1 GG bei den Ländern. Ihnen kommt im Regelfall die Ausführung der Gesetze zu (Art.

1) Vgl. BVerfGE 4, 189; 6, 382

2) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 20 Anm. III b; s.a. BVerfGE 1, 315; 12, 254 f

83 GG). Demgegenüber streiten für die Rechtseinheit die Bestimmungen über die ausschließliche Gesetzgebung des Bundes (Art. 73 GG), die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 72, 74 GG), die Rahmengesetzgebung (Art. 75 GG) sowie die Bundesverwaltung (Art. 87 ff GG). Der Rechtseinheit dienen auch die Bestimmungen der Art. 124, 125 und 127 GG.

Um die Einheit der Rechtsanwendung, insbesondere die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten, wurden das Bundesverfassungsgericht (Art. 93, 94 GG) und oberste Bundesgerichte (Art. 95 Abs. 1 GG) eingerichtet. Die Errichtung eines gemeinsamen Senates der obersten Bundesgerichte ist vorgesehen (Art. 95 Abs. 3 GG). Andererseits sind es die obersten Bundesgerichte, die durch gegensätzliche Entscheidungen gegen den Gesichtspunkt der Rechtseinheit verstoßen ¹⁾.

-
- 1) Vgl. z.B. die Rechtsprechung zur Enteignung: Der große Senat in Zivilsachen äußert sich in seinem Beschluß vom 10. 6. 1952 (BGHZ 6, 270 ff, 279, 280) zum Wesen der Enteignung wie folgt: "Bei der Enteignung handelt es sich nicht um eine allgemeine, mit dem Wesen des betroffenen Rechts vereinbare inhaltliche Bestimmung und Begrenzung des Eigentumsrechts, sondern um einen gesetzlich zulässigen, zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum, sei es in der Gestalt der Entziehung oder der Belastung, der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, dem übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreise der Rechtsträger einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft." Demgegenüber stellt das Bundesverwaltungsgericht insbesondere in seinen Entscheidungen vom 27.6.1957 (BVerwGE 5, 143 ff) und 22.6.1962 (NJW 1962, 2171 ff) bei der Unterscheidung zwischen enteignungsgleichem und bloß inhaltsbestimmenden oder schrankensetzenden Maßnahmen und Beanspruchungen auf die Schwere und Tragweite des Eingriffs ab - vgl. auch die Rechtsprechung zur Frage des Rechtswegs bei Streitigkeiten über die nach dem Viehseuchengesetz zu leistende Entschädigung: Das Bundesverwaltungsgericht hält in seiner Entscheidung vom 14.10.1958 den Verwaltungsrechtsweg für zulässig (BVerwGE 7, 257 ff); der Bundesgerichtshof sieht dagegen in seiner Entscheidung vom 21.4.1955 den ordentlichen Rechtsweg für gegeben (BGHZ 17, 137 ff). Ein weiteres Beispiel ist die Rechtsprechung zu der Frage des Rechtscharakters amtlicher Gebots- und Verbotszeichen im Straßenverkehr; das Bundesverfassungsgericht hält in (Forts. S. 116)

Den Gedanken der Einheitlichkeit der Rechtsauslegung sollen auch die Bestimmungen über die Anrufungs- und Vorlegungspflicht, die §§ 136, 120 Abs. 3 und 121 GVG verwirklichen helfen. Der Gedanke ist jedoch auch hier nicht konsequent durchgeführt. Die Regelung betrifft nämlich im einen Fall nur den Bundesgerichtshof, in dem anderen nur die Oberlandesgerichte. Die Untergerichte nehmen an der Bindungsregelung nicht teil ¹⁾. Die Vorlagepflicht betrifft im übrigen nur Revisionen und beschränkt sich auf die Abweichung von solchen Entscheidungen, die dem zur Entscheidung berufenen Revisionsgericht bekannt geworden sind ²⁾. Entsprechende Vorschriften finden sich nur in den §§ 11 VwGO, 45 ArbGG, 42, 43 SGG, 11 FGO, 16 BVerfGG. Diese Vorschriften betreffen die Vorlagepflicht eines Senats der übrigen obersten Bundesgerichte bzw. des Bundesverfassungsgerichtes. Eine der Vorlagepflicht der Oberlandesgerichte entsprechende Vorlagepflicht der unteren Gerichte in anderen Gerichtszweigen gibt es nicht.

Im übrigen besteht im deutschen Verfahrensrecht auch der Grundsatz, daß der Spruch der Rechtsinstanz (des Revisionsgerichts, Rechtsbeschwerdegerichts oder des Gerichts der weiteren Beschwerde) die Vorinstanz im Falle der Zurückverweisung bindet, soweit die von der Rechtsinstanz gegebene rechtliche Beurteilung des Sachverhalts reicht (vgl. §§ 296 Abs. 4 RAGbO, 565 Abs. 2 ZPO, 358 Abs. 1 StPO, 72 Abs. 3 ArbGG,

(Forts. v. S. 115)

seiner Entscheidung vom 24. 2. 1965 (NJW 1965, 2395) das Aufstellen einer Parkuhr und das darin liegende Parkverbotszeichen für einen Verwaltungsakt in Form der Allgemeinverfügung. Ebenso der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 4.12.1964 (NJW 1965, 308), während er in seiner Entscheidung vom 25.9.1957 (NJW 1957, 1934 f) noch der Ansicht war, daß es sich bei einem Verbotsschild gem. § 4 Abs. 4 StVO um eine Rechtsverordnung handle. Vgl. auch die Entscheidungen der Obergerichtsgerichte, zitiert in Eyer mann-Fröhler, § 42 Anm. 31

1) Vgl. z.B. den Fall in BGHSt 13, 303 ff

2) Vgl. Schäfer in Löwe-Rosenberg § 121 Anm. 23

170 Abs. 4 SGG, 63 Abs. 5 BVerwGG). Dieser Grundsatz wird von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur dahin ausgelegt, daß jede später mit der Sache befaßte Rechtsinstanz an die rechtliche Beurteilung im ersten Rechtsgange gebunden ist, soweit bereits eine Bindung der Tatsacheninstanz besteht ¹⁾. Es ist also durchaus möglich, daß die Ansicht eines Oberlandesgerichts für den Bundesgerichtshof im Einzelfall verbindlich ist. Hier wird demnach eindeutig dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit der Vorrang vor dem Grundsatz der Rechtseinheit eingeräumt.

Die vorstehenden Erörterungen zeigen, daß der Grundsatz der Rechtseinheit in unserer Rechtsordnung unvollkommen verwirklicht ist. Entweder ist die gesetzliche Regelung über Ansätze nicht hinausgekommen (so etwa bei der Einrichtung der obersten Bundesgerichte und eines gemeinsamen Senates dieser Gerichte) oder aber der Gesetzgeber hat bewußt auf eine generelle Regelung verzichtet und nur auf einem speziellen Gebiet eine Ausnahmeregelung getroffen (so etwa bei den Vorschriften über die Anrufungs- und Vorlegungspflicht). Im Falle des Grundsatzes der Bindung der Vorinstanz an den Spruch der Rechtsinstanz hat sich der Gesetzgeber bei einem Konflikt der beiden Prinzipien der Rechtseinheit und Rechtssicherheit sogar

1) Vgl. Bundesverfassungsgericht in NJW 1954, S. 1153; siehe auch Sax in Müller-Sax (KMR) § 358 Anm. 2; - vgl. weitere Einzelfälle einer Bindung in BGH in NJW 1951, S. 970 (Leitsatz); BGH in NJW 1952, S. 35 (Zusammenfassung der Schriftleitung); BGH in NJW 1953, S. 1880, Abs. 1881 (alle Entscheidungen behandeln die Bindung des Bundesgerichtshofes an die Entscheidung des Oberlandesgerichts in Strafsachen); RGSt 6, 357 ff; RGSt 22, 156 ff (Beide Entscheidungen behandeln die Bindung des Reichsgerichts an die Entscheidung des Oberlandesgerichts in Strafsachen); RGSt 59, 31 ff (Bindung des Reichsgerichts an ein vorher ergangenes Revisionsurteil in Strafsachen); RGZ 124, 322 ff (Bindung des Oberlandesgerichts an eine Entscheidung desselben Gerichts in einer Sache der Freiwilligen Gerichtsbarkeit); für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, für das Sozialversicherungsverfahren und für das Verfahren der Finanzgerichtsbarkeit vgl. BVerfG in NJW 1954, S. 1153; - vgl. auch die Anmerkungen bei Jagusch in Löwe-Rosenberg § 358 Anm. 4, der aber selbst wohl einen solchen Grundsatz ablehnt.

für die Rechtssicherheit und gegen die Rechtseinheit unterschieden. Dies ergibt sich jedenfalls aus der erweiterten Auslegung, die der oben besprochene allgemeine verfahrensrechtliche Bindungsgrundsatz in Rechtsprechung und Lehre gefunden hat ¹⁾. Außerdem verstöße der Grundsatz der Rechtseinheit, soweit er sich in der Bindung der einen Gerichte in ihrer Entscheidung an die Entscheidungen ausgedrückten Ansichten anderer Gerichte äußert, immer auf die im Prinzip der Unabhängigkeit des Richters (Art. 97 GG) zu sehende Schranke. Das letztere Prinzip gehört zu den tragenden Grundsätzen unseres Verfassungsrechtes ²⁾. Es spricht daher eine Vermutung dafür, daß der Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters, soweit gesetzlich nicht etwas anderes bestimmt ist, grundsätzlich den Vorrang vor dem Grundsatz der Rechtseinheit haben sollte ³⁾.

1) Vgl. dazu die Ausführungen von Hermann, a.a.O., D 49; "Die Einzelrechtskraft geht der allgemeinen Rechtseinheit vor". Oder auch a.a.O., D 57: "Der Rechtsstaat ist kein Gebilde lückenloser Rechtseinheit und ausnahmslos verwirklichter materieller Gerechtigkeit. Gerade er zeichnet sich durch Schwanken aus, die bisweilen die Wahrheitsfindung, die Gerechtigkeit, die Rechtseinheit und die Rechtsgleichheit hinter anderen Werten zurücktreten lassen" - soweit der BGH davon spricht (BGHSt 15, 160), der Beurteilungszwang gemäß § 358 Abs. 1 StPO werde ausgeschaltet, übersieht er, daß die Staatsanwaltschaft in den Fällen des § 358 Abs. 1 StPO nicht am Verfahren beteiligt ist. Darüber hinaus kann diese Vorschrift aber schon aus den oben erwähnten Gründen nicht zur Stützung der Ansicht von der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstgerichtliche Rechtsprechung herangezogen werden (im Ergebnis ebenso Dünnebier, a.a.O., JZ 1961, S. 312; Weber, Diskussion D 104). Eines Hinweises darauf, daß § 358 Abs. 1 StPO eine Ausnahmeregelung sei (so Lüttger GA 1957, 212) bedarf es daher nicht

2) Siehe oben; vgl. auch Hamann Art. 96 Anm. A S. 401

3) Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 1. 7. 1954 (in NJW 1954, S. 1153) ausgesprochen, dem verfahrensrechtlichen Grundsatz, daß der Spruch der Rechtsinstanz die Vorinstanz im Falle der Zurückverweisung binde, komme kein Verfassungsrang zu

Nun spielt zwar der Gesichtspunkt der Unabhängigkeit gem. Artikel 97 Abs. 3 GG im Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Rolle. Die Staatsanwaltschaft ist jedoch als Teil der vollziehenden Gewalt auf Grund der Gewaltenteilung gegenüber der Rechtsprechung unabhängig (s.o.). Auch bei dem Prinzip der Gewaltenteilung handelt es sich um einen tragenden verfassungsrechtlichen Grundsatz (s.o.). Vermag der Gesichtspunkt der Rechtseinheit sich schon nicht innerhalb einer Gewalt, nämlich der Rechtsprechung gegen einen verfassungsrechtlichen Grundsatz durchzusetzen, so wird er es erst recht nicht dann können, wenn es sich darum handelt, die Gewaltenteilung zu durchbrechen.

Sinn und Zweck der Beschränkung der Bindungswirkung gem. den §§ 120, 121, 136 GVG dürfte im übrigen sein, dem Gedanken der Rechtseinheit nur, soweit unbedingt nötig, Rechnung zu tragen. Der mit dem Einzelfall unmittelbar befaßte Richter ist am ehesten in der Lage, der fast immer individuell gestalteten Situation gerecht zu werden, unter Umständen auch Vergleichbares zu bereits entschiedenen Fällen zu finden und somit den Gleichheitssatz zu verwirklichen. Der Staatsanwalt befindet sich in einer ähnlichen Lage wie der erstinstanzliche Richter. Was für den Richter gilt, muß daher auch für den Staatsanwalt gelten ¹⁾.

Aus all dem folgt, daß man eine rechtliche Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht mit dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit begründen kann ²⁾.

4. Die Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)

Wird verschiedentlich die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung unter Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gefordert (s.o.),

1) Im Ergebnis ebenso Herrmann, Referat, a.a.O., D 49

2) Im Ergebnis ebenso Herrmann, Referat, a.a.O., D 48 f

so kann damit einmal gemeint sein, daß zwischen den einzelnen Staatsanwaltschaften und Staatsanwälten eine einheitliche Haltung in den zu entscheidenden Rechtsfragen sichergestellt werden soll. Das würde jedoch nur bedeuten, daß jeder Staatsanwalt die Rechtsansicht zu vertreten habe, die auch die der gesamten Staatsanwaltschaft, d. h. sämtliche Behörden der Staatsanwaltschaft im Bundesgebiet ist. Da staatsanwaltliche Entscheidungen in der Regel allerdings nicht veröffentlicht werden, dem einzelnen Staatsanwalt also der Überblick über die bei den übrigen Staatsanwaltschaften herrschende Rechtsansicht fehlen dürfte, müßte man in der höchstrichterlichen Rechtsprechung die für alle Mitglieder der Staatsanwaltschaft verbindliche Richtlinien sehen. Wäre damit zwar eine Gleichbehandlung gewährleistet, die ja Ziel des Gleichheitsgrundsatzes ist, so fehlt jedoch jeder Anknüpfungspunkt, um aus dieser Theorie eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung herleiten zu können.

Nun kann man allerdings die Ansicht, die sich zur Begründung der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung auf den Gleichheitsgrundsatz beruft, auch dahin auslegen, daß die Staatsanwaltschaft nicht anders entscheiden dürfe als die höchstrichterliche Rechtsprechung. Da nun aber nicht alle Gerichte sich immer an die höchstrichterliche Rechtsprechung halten und gerade auch die Gerichte, die diese Rechtsprechung mit ihren Entscheidungen gebildet haben, davon wieder abweichen können, würde eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung zu einer sehr relativen Gleichbehandlung führen: Die einen staatlichen Justizorgane, nämlich die Staatsanwälte, wären gezwungen, sich bei der Entscheidung ein und derselben Rechtsfrage gleich zu verhalten, die anderen staatlichen Justizorgane, die Richter, könnten aber in eben derselben Rechtsfrage voneinander und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichen. Jede richterliche Beurteilung einer Rechtsfrage, die von der Beurteilung, wie

sie vorher der Staatsanwalt vorgenommen hat, abweicht, könnte also eine Ungleichbehandlung des Einzelnen zur Folge haben. Diese Ungleichbehandlung, die aber ganz abgesehen von der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung immer dann möglich ist, wenn der Richter sich in seiner Rechtsansicht von der des Staatsanwalts unterscheidet, wirft jedoch nur die Frage auf, inwieweit konsequenterweise der Gleichheitssatz auch dort angewandt werden sollte, wo die Organe der Rechtsprechung verschiedene Rechtsansichten vertreten. Für die Staatsanwaltschaft hätte seine Anwendung jedenfalls zur Folge, daß dort, solange es eine ständige oder feste höchstrichterliche Rechtsprechung gibt, jeder Staatsanwalt wie sein Kollege an einem anderen Ort entscheiden würde.

Damit ist aber nicht die Frage beantwortet, ob die rechtliche Bewertung eines Sachverhalts überhaupt dem Gleichbehandlungsgebot unterworfen werden kann.

Gemäß Artikel 3 Abs. 1 GG sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Der Wortlaut ist eindeutig. Je verwickelter und komplizierter Lebenssachverhalte jedoch sind und je abstrakter der Gesetzgeber die Norm gefaßt hat, um so schwieriger ist es für die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung, "Gleichheit" zu verwirklichen ¹⁾. Die absolute Gleichbehandlung des Bürgers durch den Staat bleibt demnach eine Forderung, die zwar immer angestrebt wird, von der man aber niemals weiß, wie weit sie im Einzelfall zu verwirklichen ist. Diese Schwierigkeiten haben dazu geführt, das Gleichheitsgebot zu modifizieren. So sind beispielsweise Hamann und das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 16. 3. 1955 der Meinung, daß der in Artikel 3 Abs. 1 GG niedergelegte Gleichheitsgrundsatz zum Inhalt hat, daß als wesentlich gleich anerkannte Tatbestände gleich behandelt werden sollen ²⁾. Artikel 3 Abs. 1 GG soll Willkür ausschließen ³⁾.

1) Ipsen, Gleichheit, in Die Grundrechte, Band 2 S 111 ff, 178 spricht an einer Stelle von der notwendigen Subjektivität des Gleichheitsurteils

2) Vgl. Hamann Art. 3 Anm. B 4; BVerfGE 4, 144 ff, 155

3) Vgl. BVerfGE 1, 14 ff, 52; vgl. auch Ipsen ..., a.a.O., S. 150 ff; v. Mangoldt Art. 3 Anm. 2; v. Mangoldt-Klein, Art. 3 Anm. III a2. Maunz, Deutsches Staatsrecht (14), S. 114; Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz (2), S. 245 f

Da die oben entwickelten Grundsätze ganz allgemein für die "Gleichbehandlung" des Einzelnen durch die öffentliche Gewalt gelten ¹⁾, so könnte auch das Rechtsprechen darunter fallen. Ganz zweifellos wird man dies sagen können, soweit Rechtsprechen Vollzug eines festgestellten Normenbefehls im Einzelfall ist. Hier ist jedoch zu beachten, daß Rechtsprechen sich aus zwei Akten zusammensetzt, nämlich der Rechtsauslegung und der Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die Norm. Es ist die Frage, ob der Gleichheitssatz auf beide Akte anwendbar ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 13. 6. 1952 zur Strafrechtspraxis in der Bundesrepublik ganz allgemein gesagt, daß verschiedenartige Rechtsauslegung verschiedener Gerichte oder Behörden keine Verletzung des Artikel 3 GG darstelle ²⁾. Nach Ipsen ³⁾ ist verschiedenartige Rechtsauslegung durch verschiedene Behörden allein kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz ⁴⁾.

Anders soll es bei der Frage der Rechtsanwendung sein. So ist der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. 5. 1951 der Ansicht, der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz bedeute für den Bereich der Rechtspflege nur, daß die -----

- 1) Es wird jeweils in der Rechtsprechung und Literatur von "Gleichbehandlung" gesprochen; vgl. BVerfGE 4, 42; 4, 155; 5, 205; 9, 246; 11, 254 usw.; Leibholz/Rinck Art. 3 Anm. A 1; Hamann Art. 3 Anm. B 4; Maunz, Staatsrecht (12), S. 112; v.Mangoldt-Klein Art. 3 Anm. III 1; s.a. die vom Ausschuß für Grundsatzfragen in seiner Sitzung vom 30. 11. 1948 dem Satz 1 des Abs. 1 zugefügten Sätze: "das Gesetz muß Gleiches gleich, es kann Verschiedenes nach seiner Eigenart behandeln. Jedoch dürfen die Grundrechte nicht angetastet werden."
- 2) So BVerfGE 1, 332 ff, 345 u. Hinweis auf BVerfG in JZ 1952, S. 110 = BVerfGE 1, 82 ff; für die verschiedene Rechtsauslegung verschiedener Gerichte ebenso BVerfGE 4, 352, 358
- 3) Ipsen, Gleichheit ..., a.a.O., S. 148
- 4) Der Begriff "Behörde" stört nicht, da es in diesem Zusammenhang nur auf die Rechtsauslegung ankommt

rechtsanwendenden Organe verpflichtet seien, das bestehende Recht ohne Ansehen der Person anzuwenden ¹⁾. V. Mangoldt-Klein ²⁾ meint, im Sinne der Rechtsanwendungsgleichheit verpflichte der allgemeine Gleichheitssatz des Absatzes 1 die Organe der Verwaltung und Rechtsprechung, solche Unterscheidungen zu unterlassen, die auch das Gesetz selbst nicht gemacht, und solche zu beachten, die das Gesetz selbst zulässigerweise vorgenommen habe.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 1. 7. 1954 auch zu der Frage Stellung genommen, ob ein Gericht, das sich in einem einzelnen Fall über einen sonst allgemein von ihm befolgten Grundsatz des Verfahrensrechts hinwegsetze, gegen den Gleichheitssatz verstoße ³⁾. Es hat jedoch diese Frage nicht beantwortet; denn das Bundesverfassungsgericht ist der Ansicht, daß ein solcher Verstoß bei gerichtlichen Urteilen unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots des Art. 3 Abs. 1 GG nicht schon dann vorliege, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalte. Es mag in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen werden, daß der Gleichheitssatz dann verletzt ist, wenn eine Verwaltungsbehörde ohne zureichenden Grund von ihrer bisherigen rechtmäßigen Praxis abweicht ⁴⁾.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß sowohl die Gerichte als auch die Literatur (soweit sie dazu Stellung nimmt) die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes bei der Rechtsauslegung wohl verneinen, während sie sie hingegen bei der Rechtsanwendung ganz allgemein bejahen.

Rechtsanwendung ist jedoch ein auslegungsbedürftiger Begriff. Bei weitester Interpretation umfaßt er schlechthin die Umsetzung des Normenbefehls in die Praxis. Bei der Beantwortung der Frage, ob der Gleichheitssatz bei der Rechtsanwendung eingreift, muß jedoch zwischen Rechtsauslegung,

1) BGHSt 1, 183 ff, 184

2) v. Mangoldt-Klein Art. 3 Anm. III 3, S. 200

3) BVerfG in NJW 1954, S. 1153

4) Vgl. statt aller Wolff I § 31 II d 2 S. 155

Subsumtion des konkreten Falles unter die Norm und dem Vollzug der Norm in diesem konkreten Fall unterschieden werden. Daß der Vollzug des Normenbefehls in der Praxis dem Gleichheitsgebot unterliegt, ist offensichtlich. Im folgenden soll nun untersucht werden, inwieweit der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Rechtsauslegung und der Subsumtion des Einzelfalles unter das Gesetz berücksichtigt werden muß.

Rechtsauslegung bzw. genauer Gesetzesauslegung ist die allgemeine Ermittlung der von dem Gesetzesinn betroffenen Fälle. Streng genommen müßte hierbei die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes ausgeschlossen sein; denn Artikel 3 Abs. 1 GG ist ein Rechtssatz. "Rechtssätze sind hypothetische Sollenssätze. Sie sprechen ein bedingtes, nämlich eben ein durch den "Tatbestand" bedingtes Sollen aus" ¹⁾. Der in dem Rechtssatz zum Ausdruck gekommene Wille der Rechtsgemeinschaft bzw. des Staates fordert von dem Einzelnen ein bestimmtes Verhalten ²⁾. Die Anwendung des Gleichheitssatzes bei der Gesetzesauslegung würde also bedeuten, daß der Gesetzgeber dem Auslegenden bei der Ermittlung seines (des Gesetzgebers) Willens ein bestimmtes Verhalten vorschreiben wollte. Dieses Verhalten müßte gleich einem entsprechenden (vergleichbaren) anderen Verhalten sein. Wesentlich an der Ermittlung der vom Gesetzessinn betroffenen Fälle ist jedoch nicht der Verhaltensvorgang, sondern die Aufgabe, Inhalt und Umfang des Rechtsbegriffs zu vergegenwärtigen. Was Inhalt und Umfang eines Rechtsbegriffes ist, bestimmt der Gesetzgeber in dem Rechtsbegriff selbst. Die Umsetzung der mehr oder weniger abstrakten Formulierung des Rechtsbegriffs in eine Reihe von konkreten Anhaltspunkten, die Bereitstellung von Fällen wird daher auch von dem Rechtsbegriff, nicht von dem Auslegenden festgesetzt. Die Norm bestimmt die Auslegung, nicht die Auslegung die Norm. Infolgedessen würde eine Anwendung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) dazu führen, daß der bereits bestehende Befehl des Gesetzgebers in Gestalt der

1) So Englisch, Einführung ..., a.a.O., S. 21

2) Vgl. Englisch, Einführung ..., a.a.O., S. 22

auszulegenden Norm einem weiteren Befehl in Gestalt des Gleichheitssatzes unterliegen würde. Das ist jedoch ausgeschlossen. Der Gesetzgeber wendet sich nicht in dieser Form an sich selbst. Er kann durch eine Grundnorm, wie sie beispielsweise der Gleichheitssatz darstellt, eine Regel für die Schaffung weiterer spezieller Normen aufstellen. Er setzt sich damit selbst entsprechende Schranken. Sind diese spezielleren Normen einmal vorhanden, so existieren sie in diesen Schranken. Damit ist die Übereinstimmung des gesetzgeberischen Willens, soweit er in der Grundnorm und der Spezialnorm Ausdruck gefunden hat, hergestellt. Der Befehl des Gesetzgebers, wie er sich aus der Grundnorm ergibt, kann nicht darüber hinausgehen; er stieße ins Leere und wäre sinnlos. Infolgedessen ist der Gleichheitssatz bei der Auslegung eines Gesetzes nicht heranzuziehen.

Somit läßt sich auch die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchsttrichterliche Rechtsprechung, soweit sie die Auslegung der Rechtssätze betrifft, nicht aus dem Gleichheitsgrundsatz rechtfertigen.

Anders ist es mit der Subsumtion. Subsumtion bedeutet Gleichsetzung des konkret zu beurteilenden Falles mit den durch den gesetzlichen Tatbestand gemeinten Fällen ¹⁾. Sie ist eine logisch gerechtfertigte Folgerung aus der vorangegangenen Auslegung ²⁾. Hierbei tritt die Schwierigkeit auf, daß eine Gleichartigkeit des zu subsumierenden Falles mit den durch Auslegung als gesetzesbetroffenen ermittelten Fällen meist nur in einzelnen Beziehungen und nur bis zu einem gewissen Grade gegeben ist ³⁾. Ob daher die Norm auch den konkreten Fall deckt, ist durch Vergleichen festzustellen. Die in einem solchen Vergleich zwangsläufig liegenden Wertung läßt manche Merkmale als wichtig, andere als unwichtig erscheinen. Die Subsumtion enthält also ein

1) So Englisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 26

2) Vgl. Bierling, Juristische Prinzipienlehre IV, 1911, S. 202, 205

3) Vgl. Englisch, Logische Studien ..., a.a.O., S. 30

subjektives Element. Dieser Umstand birgt die Gefahr einer ungleichen Behandlung gleicher Fälle, also einer ungerechten Entscheidung in sich. Infolgedessen erfüllt hier der Gleichheitssatz eine Korrektivfunktion. Artikel 3 Abs. 1 GG ist also bei der Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter ein Gesetz anwendbar.

Wie oben erläutert worden ist, enthält der Gleichheitssatz ein Willkürverbot. Man wird also dann einen Verstoß gegen Artikel 3 Abs. 1 GG annehmen können, wenn ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die unterschiedliche Behandlung nicht gegeben ist ¹⁾. Entschließt sich aber die Staatsanwaltschaft, bei der Subsumtion eines von ihr ermittelten Sachverhalts unter das Strafgesetz in Zweifelsfällen anders vorzugehen als die höchstrichterliche Rechtsprechung, so wird man das wohl kaum als ein willkürliches Verhalten bezeichnen können, das dem Gleichheitssatz widerspricht. Der in Artikel 3 Abs. 1 GG normierte Gleichheitsgrundsatz vermag also nicht die These von der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung zu rechtfertigen.

Weder der Gesichtspunkt der Rechtseinheit noch der Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß Artikel 3 Abs. 1 GG können demnach die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung rechtfertigen. Infolgedessen ist nach den eingangs gemachten Bemerkungen wegen des Zusammenhanges zwischen diesen beiden Grundsätzen und dem Grundsatz der Rechtssicherheit auch letzterer nicht dazu geeignet, die These von der Bindung zu stützen.

Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung läßt sich also aus den erörterten verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht herleiten.

1) Siehe dazu BVerfGE 1, 52. Vgl. auch die bei Leibholz/Rinck § 3 Anm. I A 2 zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

VII. Allgemeine und rechtspolitische Erwägungen
für und gegen eine Bindung der Staatsanwaltschaft
an die höchstrichterliche Rechtsprechung

Damit ist jede Form der Bindung, wie sie oben zu Anfang der Untersuchungen beschrieben worden ist, abzulehnen, also auch die, daß die Staatsanwaltschaft bei der Frage der Einstellung oder der Anklageerhebung sowie der Einlegung eines Rechtsmittels sich danach zu richten habe, welche Rechtsansicht das im Falle der Anklageerhebung zuständige Gericht bezüglich der Auslegung des Gesetzes und der Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter das Gesetz vertreten wird.

1. Zusätzliche Kritik der Ansicht, daß die Staatsanwaltschaft Anklage erheben muß, wenn eine Verurteilung als möglich erscheint

Streiten bereits alle angeführten Argumente auch gegen die oben besonders angesprochene Rechtsansicht, so bietet diese darüberhinaus noch einen zusätzlichen Angriffspunkt. In die Praxis umgesetzt würde sie nämlich dazu führen, daß der Staatsanwalt gerade keiner Bindung an die Rechtsprechung unterworfen ist: Da auch diese Meinung nicht verlangen wird, daß der Staatsanwalt sich nach der Rechtsansicht des bei Klageerhebung zuständigen Richters erkundigen soll, wird er diesbezüglich eine eigene Prognose aufstellen müssen. Diese kann gerade bei den streitigen Fragen der Rechtsauslegung - und nur diese Fälle der Subsumtion des Sachverhalts unter das Gesetz sind ja für unsere Untersuchung interessant - verschieden ausfallen, je nachdem, welcher Ansicht sich der Staatsanwalt anschließt. Liegt eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes oder eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage vor, so kann der Staatsanwalt vermuten, daß zumindest die Untergeichte sich in der Regel bei rechtsmittelfähigen Entscheidungen einer solchen Rechtsprechung anschließen werden. Auch bisherige Urteile des Gerichts können einen

Anhaltspunkt dafür bieten, welche Meinung dieses Gericht im anhängigen Verfahren vertreten wird.

Hält der Staatsanwalt jedoch die höchstrichterliche Rechtsprechung für nicht richtig, so wird er die von ihm vertretene Ansicht dann auch dem Richter unterstellen; denn es ist ja von seinem Standpunkt aus denkbar, daß auch der Richter gerade diese Ansicht für richtig halten und den Wagemut aufbringen wird, auf die Gefahr hin, daß seine Entscheidung aufgehoben wird, eine der ständigen oder festen höchstrichterlichen Rechtsprechung widersprechende Rechtsansicht zu vertreten. Zumindest bedürfte es immer einer sehr sorgfältigen Prüfung, ob unter besonderen Berücksichtigung der konkreten Situation der Staatsanwalt mit einem Abweichen des Richters von einer solchen Rechtsprechung rechnen durfte. Welche Kriterien bei dieser Prüfung anzulegen sind, ist nicht leicht zu entscheiden. Sollen nur juristische Argumente oder sollen auch psychologische Gesichtspunkte eine Rolle spielen? Muß der Staatsanwalt sich vor dem Aufstellen der Prognose zusätzliche Informationen beschaffen? Welche Maßstäbe müßten für eine entsprechende Informationspflicht gelten? Darf der Staatsanwalt sich mehr auf die überzeugende Begründung seiner Rechtsansicht verlassen, oder muß er in jedem Fall mit der Befolgung der höchstrichterlichen Rechtsprechung durch den Richter rechnen?

Die aufgeworfenen Fragen zeigen die mit einer solchen Prognose verbundenen Unsicherheitsfaktoren. Die Theorie Nowakowskis scheint daher wenig praktikabel zu sein.

2. Schwierigkeiten der Auslegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Subsumtion des einzelnen Sachverhalts unter diese Rechtsprechung

Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung erscheint auch aus ganz allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen bedenklich.

Der Grundsatz der Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht (Artikel 20 Abs. 3 GG) verlangt eine rechtssatzmäßige Bindung in dem Sinne, daß das Gesetz überhaupt angewandt und nicht gegen das Gesetz gehandelt wird. Damit setzt dieser Grundsatz die Auslegung des Gesetzes voraus. Ganz unabhängig von der - oben bereits beantworteten - Frage, wer in unserem Staat mit einer Verfassungsordnung wie dem Grundgesetz die richtige Auslegung eines Gesetzes bestimmen kann, ist zu überlegen, ob es sinnvoll ist, im Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Rechtsprechung der Staatsanwaltschaft die Freiheit der Gesetzesauslegung zu belassen.

Es erscheint nämlich fraglich, ob eine Bindung an die Rechtsprechung uns der Verwirklichung des Legalitätsprinzips bei der Staatsanwaltschaft einen Schritt näher bringen würde. Soweit es eine höchststrichterliche Entscheidung oder mehrere gibt, die genau oder weitgehend dem von der Staatsanwaltschaft zu entscheidenden Fall gleichen, ergibt sich für die Staatsanwaltschaft bei der Rechtsauslegung keine Schwierigkeit. Hier ist sicher, daß die Rechtsprechung gerade den von der Staatsanwaltschaft zu entscheidenden Fall oder einen diesem weitgehend gleichen Fall als nach ihrer Auslegung vom Gesetz umfaßt ansieht. Die Staatsanwaltschaft entscheidet sich dann so wie die Rechtsprechung. Handelt es sich aber nicht um den gleichen oder einen weitgehend gleichen Fall, so stellt sich für die Staatsanwaltschaft aufs neue das Problem der Auslegung nun der Rechtsprechung und der Subsumtion des zu entscheidenden Falles unter den oder die Fälle der Rechtsprechung oder die von der Rechtsprechung aufgestellte Regel. Hier hat nun zwar aus der Sicht des Auslegenden die Rechtsprechung den Vorteil für sich, daß sie in der Regel ausführlicher als das Gesetz ist und naturgemäß auch konkreter als dieses formuliert, da sie mindestens den von ihr entschiedenen Fall, meistens aber auch mehrere andere Fälle zum Vergleich stellt. Wie aber die Praxis zeigt, vermag auch dies zuwei-

len nicht ihre Auslegung und die Subsumtion unter ihre in der bzw. den Entscheidung(en) ausgedrückte Ansicht wesentlich zu erleichtern. Hinzukommt, daß dem Auslegenden die Vorstellungen und Absichten des Gesetzgebers häufig - in irgendeiner Form schriftlich fixiert (Motive, Protokolle der Lesungen des Gesetzes, Berichte der zuständigen Ausschüsse, Entwürfe usw.) - zugänglich sind, während Entsprechendes bei einem Urteil meist nur aus diesem selbst zu entnehmen ist. Eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung wäre also nur bei einer eindeutigen Auslegung zulassenden Rechtsprechung sinnvoll.

3. Auseinandersetzung mit der Ansicht, daß für die höchstrichterliche Rechtsprechung die Vermutung der Richtigkeit spricht

Würde man aber bezüglich der Auslegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine besonderen Schwierigkeiten sehen, so stellt sich zwangsläufig die Frage nach der Richtigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Nach einer verschiedentlich vertretenen, allerdings auch bestrittenen Ansicht ¹⁾ spricht für die Rechtsprechung, insbesondere die höchstrichterliche, die Vermutung der Richtigkeit. Eine rechtmäßige Entscheidung kann jedoch nur die Entscheidung sein, die die Gerechtigkeit im Rahmen des Gesetzes so weit

1) Dieser Ansicht ist z.B. Rotberg, Diskussion D 97; vgl. auch die Bemerkungen von Lüttger, Der "genügende Anlaß" ... in GA 1957, S. 212, aber derselbe etwas anders S. 215; Herrmann, Referat D 47, räumt ein, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung die denkbar größte Gewähr für die Richtigkeit der Rechtsfindung bieten möge, die wahrscheinliche Richtigkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung dürfe jedoch nicht als unwiderlegliche Vermutung aufgefaßt werden; Eb. Schmidt, Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft ..., MDR 1961, S. 272 scheint die Richtigkeit der oben angeführten Ansicht zu bezweifeln, wenn er fragt: "Wird denn durch "Festigkeit" oder "Ständigkeit" der Rechtsprechung deren Richtigkeit ... gewährleistet? siehe auch derselbe, S. 273; ebenso zweifelnd Nüse, Diskussion D 82

wie möglich verwirklicht. Was für die Entscheidung als Ganzes gilt, gilt selbstverständlich auch für die in ihr enthaltene Auslegungsregel. Diese Auslegungsregel ist nun ihrerseits das Ergebnis, die gedankliche Folgerung einer Subsumtion oder mehrerer Subsumtionen eines Falles oder mehrerer vergleichbarer Fälle unter das Gesetz, enthält also wie jede Subsumtion eine Wertung (s.o.). Das besondere Merkmal einer solchen Wertung ist die Abhängigkeit von den subjektiven Vorstellungen des Wertenden. Sie entzieht sich also einem objektiven Maßstab, sie ist nicht meßbar. Wo aber nicht mit objektiven Kriterien gemessen werden kann, greifen Wahrscheinlichkeitsüberlegungen Platz. Ob die höchstrichterliche Rechtsprechung richtig ist, d.h. die vom Gesetz geforderte Rechtsfolge richtig erkannt hat, kann nur vermutet werden. Auch daß die höchstrichterliche Rechtsprechung richtiger ist als andere Rechtsprechung, als die Ansicht eines Staatsanwalts oder als die Ansicht irgendeines anderen Menschen überhaupt ¹⁾, ist möglich, aber nicht beweisbar.

Immerhin wird der höchstrichterlichen Rechtsprechung Ansehen und Autorität zugemessen ²⁾. Die Praxis pflegt sich in vielen Fällen nach der Rechtsprechung zu richten. Die Wissenschaft setzt sich regelmäßig mit ihr auseinander. Die Richter des Bundesgerichtshofes sind sich dieser Bedeutung ihrer Rechtsprechung bewußt. Auch dies wird sie veranlassen, besonders sorgfältig zu entscheiden.

Alle diese Gesichtspunkte sprechen aber letzten Endes nur für die durch Erfahrung bestätigte Tatsache, daß die Staatsanwaltschaft in aller Regel der höchstrichterlichen Rechtsprechung gerade wegen ihrer hohen Qualität und Überzeugungskraft folgen wird. Die Möglichkeit, daß die Staatsanwaltschaft sorgfältig begründeten Vorentscheidungen die Gefolgschaft versagt, besteht nur in solchen Fällen, in -----

1) Siehe hierzu auch Nowakowski, Gutachten ..., a.a.O., S. 44

2) Vgl. auch Herrmann, Referat ..., a.a.O., D 51

denen in der Rechtslehre ernsthafte Bedenken gegen die höchstrichterliche Rechtsprechung erhoben und fundierte Gegenansichten vertreten werden. In diesen umstrittenen Grenzfällen erscheint es aber wenig sinnvoll, die Staatsanwaltschaft in Fragen der Rechtsauslegung an die höchstrichterliche Rechtsprechung zu binden.

4. Beeinträchtigung der Autorität der Justiz

Klagt die Staatsanwaltschaft an oder beantragt sie die gerichtliche Voruntersuchung, so wird der Sachverhalt vor die Gerichte gebracht. Die Gerichte haben es also in der Hand, die Rechtsauslegung der Staatsanwaltschaft notfalls zu korrigieren. Damit setzt sich in diesen Fällen auch ohne Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung die Rechtsansicht der Rechtsprechung durch. Im Falle der Einstellung ist das anders. Ist die Entscheidung der Staatsanwaltschaft rechtlich richtig, so entspricht sie auch dem Prinzip der Gerechtigkeit und dem Gesetz. Ist die Entscheidung der Staatsanwaltschaft falsch, so besteht nach wie vor ein Interesse des Staates an der Strafverfolgung. Dieses Interesse würde beeinträchtigt, da ein zu Bestrafender auf Grund der falschen Rechtsansicht der Staatsanwaltschaft seiner Bestrafung entgeht.

Dieser Umstand wie überhaupt eine unterschiedliche Praxis der Staatsanwaltschaften in der rechtlichen Bewertung der Straftatbestände kann eine Minderung der Autorität der Justiz zur Folge haben, zumindest dort, wo man von "zweierlei Recht" oder von "Manipulation des Rechts" sprechen könnte. Auch besteht die Gefahr, daß man die Ursache für die unterschiedliche Rechtsauffassung in sachfremden Einflüssen sieht. Ausnahmefälle geben solchen Tendenzen hin und wieder neue Nahrung. Der Phantasie sind keine Grenzen gesetzt.

In den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft in Abweichung von der Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung und damit fast immer auch in Abweichung von der Gerichtspraxis ein Verfahren einstellt, wird ^{die} Allgemeinver-

bindlichkeit des Strafgesetzes in Frage gestellt; denn solche Fälle erwecken bei den potentiellen Tätern die Hoffnung, auch bei ihnen werde es zu keiner Strafverfolgung oder zumindest zu einer Einstellung des Verfahrens kommen. Gerade die Rechtsbrecher, denen die innere Bindung an die soziale Ordnung fehlt und die an sich wenig Hemmungen kennen, den Rechtsnormen zuwider^{zu}handeln, kalkulieren bei ihrem Handeln in stärkerem Maße die Möglichkeit ihrer Überführung ein als die dann zu erwartende Strafe ¹⁾. Ist mit "Überführen" hier in erster Linie der Schuldnachweis, d. h. der Nachweis gemeint, daß die Tat in der dem Täter vorgeworfenen Form auch wirklich begangen worden ist, so läßt sich diese Erkenntnis ohne Bedenken auch dahin ausdehnen, daß es dem Täter schlechthin darauf ankommt, nicht verfolgt und nicht verurteilt zu werden. Weiß der Täter beispielsweise, daß im Raume eines bestimmten Landgerichtsbezirkes die Staatsanwaltschaft eine absolute Fahruntüchtigkeit (§ 315 c Abs. 1 Ziff. 1a StGB) nur bei Ermittlung eines Blutalkoholgehalts von 1,5‰ annimmt ²⁾, so wird er in der Frage des Alkoholgenusses sorgloser sein, sofern er sich in diesem Landgerichtsbezirk befindet.

Es kann also durchaus ein kriminalpolitisches Bedürfnis dafür bestehen, den Staatsanwalt an die höchststrichterliche Rechtsprechung zu binden.

-
- 1) So mit Recht Lang-Hinrichsen in Peters/Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform, S. 83; siehe auch Eb. Schmidt, Lehrkommentar I Rdn. 386; er lehnt das Opportunitätsprinzip im Rahmen des § 152 Abs. 2 StPO mit folgender Begründung ab: "Eine derartige Möglichkeit würde die Quelle für größte Unzuträglichkeiten, insbesondere für ein unüberwindliches Mißtrauen gegen die Staatsanwaltschaft und den Rechtswillen des Staates sein und zweifellos auch der Generalprävention Abtrag tun, die bekanntlich weniger von den Strafdrohungen der Gesetze als von der Unbedingtheit und Unentwegtheit der staatlichen Verfolgung abhängig ist." Diese Gesichtspunkte treffen nicht nur für den erwähnten Fall sondern auch bei der hier zu erörternden Sachlage zu.
2. Der Vierte Strafsenat des Bundesgerichtshofes nimmt inzwischen eine absolute Fahruntüchtigkeit schon bei einem Blutalkoholgehalt von 1,3‰ an, vgl. BGH in NJW 1967, S. 116 ff.

5. Vorrang der verfassungsrechtlichen Grundsätze
gegenüber rechtspolitischen Überlegungen

Diesem kriminalpolitischen Bedürfnis wird aber auch ohne Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung schon weitgehend dadurch Rechnung getragen, daß die Staatsanwaltschaft sich in der Praxis regelmäßig an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hält ¹⁾. Soweit darüber hinaus aus kriminalpolitischen Erwägungen durch die Forderung nach Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung die Möglichkeit des Abweichens von dieser Rechtsprechung in Sonderfällen ausgeschaltet werden soll, stehen dem die oben erläuterten strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Erwägungen entgegen. Sinn und Zweck der strafverfahrensrechtlichen Funktionsverteilung ist u. a. die Garantie eines rechtsstaatlichen Verfahrens und eines darauf fußenden sachlich richtigen, neutralen und objektiven Urteils. Verfassungsrechtlich gesehen verbietet sich eine generelle Einflußnahme der Rechtsprechung auf die Staatsanwaltschaft, da nur eine saubere und scharfe Trennung nach dem Prinzip der Gewaltenteilung die Gewähr dafür bietet, daß die persönliche Freiheit und die sonstigen Grundrechte des Einzelnen in jeder Phase des Verfahrens beachtet werden.

Das Interesse an der Sicherung der Autorität von Strafjustiz und Strafgesetz folgt aus dem Wunsch nach möglichst einheitlicher Behandlung des Rechts und nach Rechtssicherheit. Da wir jedoch bezüglich der absolut richtigen Auslegung des Gesetzes immer auf Vermutungen angewiesen sind, vermag die Rechtsprechung selbst mit den besten Gründen nicht den exakten Beweis für ihre Richtigkeit zu führen. Dem Interesse an einer nachweisbar wirksamen Beibehaltung

1) Siehe hierzu die Bemerkungen von Nowakowski, Gutachten S. 43; Herrmann, Referat ..., a.a.O., D 51; Schwalm, Referat ... a.a.O., D 20; Nüse, Diskussion ..., a.a.O., S. 80; Kleinknecht, Diskussion ..., D 90, 91; vgl. aber auch Buchholz, Diskussion ..., a.a.O., D 114

rechtsstaatlicher Garantien im Strafverfahren ist daher der Vorrang einzuräumen vor dem Interesse an einer nur möglichen Verwirklichung einer "Rechts"-einheit und "Rechts"-sicherheit. Die Beeinträchtigung der Autorität der Strafjustiz und der abschreckenden Wirkung des Strafgesetzes muß insoweit in Kauf genommen werden ¹⁾. Notfalls kann ja der Gesetzgeber eingreifen und das Erforderliche veranlassen.

6. Die Bedeutung der Staatsanwaltschaft für die Fortentwicklung des Rechts

Bei einer Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchst-richterliche Rechtsprechung bestände auch die Gefahr, daß sich die Staatsanwaltschaft zu einem Organ mit reinen Zu-trägerfunktionen entwickeln würde; denn das Schwergewicht ihrer Tätigkeit läge dann auf der Ermittlung und Feststel-lung von Lebenssachverhalten. Die zunehmende Anzahl höchst-richterlicher Entscheidungen würde ihr die rechtliche Be-wertung solcher Sachverhalte mehr und mehr vorschreiben. Das Messen am Gesetz, die eigentliche Grundlage staatsan-waltlicher Tätigkeit, würde dagegen allmählich in den Hin-tergrund treten und dem Bestreben Platz machen, möglichst für jeden Fall eine passende höchstrichterliche Stellung-nahme zu finden. Der "Gesetzeswächter" würde zum "Recht-sprechungswächter".

Wenn sich auch aus einer solchen Entwicklung unmittel-bar keine Gefahren für den Bestand unserer rechtsstaatli-chen Ordnung ergeben, so ist doch zumindest die Tendenz

1) Vgl. auch die Bemerkung von Lüttger, Der "genügende Anlaß" in GA 1957, S. 215; "Zudem wiegt eine Ver-letzung des Verfolgungszwanges, wie sie durch eine auf irriger Gesetzesauslegung beruhende Verfahrens-stellung im Einzelfall unterlaufen kann, nicht schwe-
rer als der an den Rechtsgütern eines sich als straf-los herausstellenden Beschuldigten angerichtete Scha-
den, wie er durch eine kritiklose Anklageerhebung
bei jedweden Rechtszweifel gehäuft verursacht werden
würde."

zum Konformismus, zur Einheitlichkeit, zum Beharren und Bewahren - letztere sind Eigenschaften, die der Rechtsprechung eigentümlich sind - unverkennbar. Eine solche Entwicklung ist geeignet, die Anpassung des Rechts an die Zeitgegebenheiten zu verzögern; denn man darf nicht vergessen, daß gerade die Staatsanwaltschaft auf Grund der Nähe zum Sachverhalt und ihrer vorwiegend von der Praxis her bestimmten Tätigkeit wie kaum ein anderes staatliches Organ in der Lage ist, den Gang der Strafrechtspflege zu beeinflussen. Die Staatsanwaltschaft vermag hier der Rechtsprechung wertvolle Impulse zur Fortentwicklung des Rechts zu geben ¹⁾. Auf dieses belebende Element zu verzichten, ist m.E. für unsere Rechtsordnung folgenschwerer als die Hinnahme von gelegentlichen Autoritätsverlusten der Justiz und des Strafgesetzes.

1) Siehe hierzu auch Buchholz, Diskussion D 114 ff; 116; Pallin D 79; Schneider, Das Amt des Staatsanwalts, in DRiZ 1964, S. 153 ff, 154; Eberhard Schmidt, Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft, in MDR 1961, S. 272; Lüttger, Der "genügende Anlaß" in GA 1957, S. 213, spricht in diesem Zusammenhang sogar von einer Pflicht der Staatsanwaltschaft, eine Korrektur der traditionellen Gesetzesauslegung zu ermöglichen

S c h l u ß

Eine Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung ist also aus dogmatischen und rechtspolitischen Gründen zu verneinen. Die Auffassung des Dritten Strafsenats des Bundesgerichtshofes muß daher abgelehnt werden, wenn auch die hinter dieser Auffassung stehende Absicht, auf ein gesetzmäßiges Handeln der Staatsanwaltschaft hinzuwirken, Anerkennung verdient ¹⁾. Der Senat scheint jedoch die Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu verkennen. Autorität ist nicht gleichzusetzen mit rechtlicher Verbindlichkeit. Die höchstrichterliche Rechtsprechung muß durch die Klarheit und rechtliche Überzeugungskraft ihrer Entscheidungen das Ansehen und die Bedeutung gewinnen, die dann die Staatsanwaltschaft, ein unteres Gericht oder ein sonstiges nichtrichterliches staatliches Organ dazu veranlassen, die dort vertretene Rechtsansicht für richtig zu halten und zu befolgen. Das ist die vornehmste Aufgabe dieser Rechtsprechung. Mehr kann sie zu der Einhaltung von Recht und Gesetz nicht beitragen. Es ist ein Irrtum zu glauben, jedes Verhalten eines staatlichen Organs müsse einer Regel unterworfen werden, die dessen Inhalt und Umfang festlegt. Bindung ist nicht unbedingt eine Garantie für Rechtsverwirklichung. Die Einsicht in das Richtige sollte letztlich Maßstab jeden Gerechtigkeits anstrebenden Handelns sein.

1) Der Senat war nämlich nach der Sach- und Rechtslage nicht genötigt, zu der Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung Stellung zu nehmen

Lebenslauf

Am 1. Juli 1938 wurde ich als zweites der drei Kinder des damaligen Reichsbankrates und späteren Direktors der Landeszentralbank Hans-Christian von Koppenfels und seiner Ehefrau Ruth, geb. Weber, in Berlin-Wilmersdorf geboren. Ich bin Deutscher. Traditionsgemäß besuchte ich das humanistische Gymnasium und bestand am 15. März 1958 am staatlichen Schillergymnasium in Münster die Reifeprüfung. Die folgenden vier Jahre studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Münster (5 Semester), Tübingen (2 Semester) und Genf (1 Semester) und legte vor dem Landesjustizprüfungsamt in Hamm am 1. September 1962 die erste juristische Staatsprüfung ab. Es folgte die Referendarzeit, die am 26. August 1966 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung in Düsseldorf abgeschlossen wurde. Nach Fertigstellung der Dissertation trat ich in die Deutsche Girozentrale - Deutsche Komunalbank - Frankfurt am Main ein.

